

FRANCISCO LOZADA CHAVEZ

“LA LLAMADA PROPIEDAD
FIDUCIARIA”

T E S I S



FACULTAD DE DERECHO

U. N. A. M.

MEXICO 1969



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**IN MEMORIAM
A MI PADRE**

*Como un humilde tributo
que le rinde mi alma adolorida,
porque con su ejemplo
me enseñó a ser un hombre
útil. A él, mi veneración im-
percedera*

A MI MADRE

Ejemplo de abnegación y cariño



**BIBLIOTECA
CENTRAL**

A MIS HERMANOS

*A mi tía
Srita. Paz Chávez C.
con agradecimiento*

*A los Sres. Lics.
Raúl Maldonado Monroy
y
Antonio Monroy Robles*

PALABRAS PRELIMINARES

Ante la obligación que me impone el reglamento de la Universidad Nacional Autónoma de México, de elaborar un trabajo y someterlo a la consideración de un jurado, para concederme el título de Licenciado en Derecho, he optado por el tema del Fideicomiso, institución novedosa en nuestro sistema jurídico, que ha despertado gran interés entre los estudiosos, por ser de caracteres muy especiales.

Someto esta tesis al jurado que habrá de calificarla, sin ninguna pretensión de perfección, advirtiendo que no he tratado al fideicomiso de una manera completa, sino exclusivamente en lo que atañe a la naturaleza del derecho que tiene el fiduciario sobre el patrimonio fideicometido. Se han tratado otros puntos sólo en forma incidental, en un afán de dar mayor claridad y comprensión al tema central.

Con los antecedentes anotados y con la inmadurez propia de un pasante de derecho, encontrarán mis maestros y sinodales errores y defectos, por lo que únicamente me acojo a su benevolencia, esperando comprendan mi situación y que su fallo no sea severo.

Quiero hacer patente mi agradecimiento a los señores Dr. Raúl Cervantes Ahumada y Lic. Felipe Gallegos González, por su valiosa dirección en la elaboración de esta tesis.

Ciudad Universitaria, D. F., Septiembre de 1969.

CAPITULO I

1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO

- a) Derecho Romano
- b) Derecho Germánico
- c) Aborigen
- d) Indeterminado
- e) Derecho Anglosajón

2. ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL DERECHO MEXICANO

- a) Primera aplicación práctica del Trust en México
- b) Proyecto Limantour
- c) Proyecto Creel
- d) Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924
- e) Proyecto Vera Estañol
- f) Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926
- g) Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926
- h) Ley General de Instituciones de Crédito de 1932
- i) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932
- j) Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

3. INFLUENCIA DEL PROYECTO ALFARO EN NUESTRA LEGISLACION

1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO

El Fideicomiso Mexicano tiene como antecedente mediato al TRUST anglosajón y a su vez éste tiene como antecedente al antiguo "USE" inglés, que fue una institución que ha perdurado por más de ocho siglos, por lo que consideramos de interés para nuestro estudio, desentrañar el origen dudoso de esta figura jurídica.

a) DERECHO ROMANO.—Algunos autores como Bacon, (1), en el siglo XVII consideraban que lo que más se asemejaba al USO era el Fideicomiso Romano, aunque no pretendía que el USO derivara directamente de dicha institución. Entre otros Perry, en el último tercio del siglo pasado, consideraba que el antiguo fideicomiso romano había sido modelo del USO.

Maitland (2) investigando el origen del término USE, manifiesta que éste no deriva de la expresión ad-usus, sino de ad-opus, ya que pudiera pensarse que viene del latín usus, pero en realidad deriva de opus y desde los siglos VII y VIII en algunos documentos francos y lombardos se encuentra en latín bárbaro la alocución "ad-opus", como equivalente a "En su representación". La expresión conviértese en el francés arcaico en: "Al oes, ues", que en la pronunciación inglesa se confunden con use, permaneciendo ad opus en el latín escrito.

En el derecho romano el fideicomiso era una súplica dirigida por un fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario (3). Esta súplica estaba basada en la BONA FIDES del fiduciario pues su incumplimiento no tenía ninguna sanción jurídica originalmente, ya que el fideicomisario estaba desprovisto de acción para reclamar, y no fue sino hasta la época del emperador Augusto en que se encarga a los cónsules que vigilaran el cumplimiento de las cuestiones fideicomisarias y desde Claudio se crearon dos pretores especiales para este tipo de problemas (4).

(1).—Bacon autor citado por Rodolfo Batiza "El Fideicomiso", teoría y práctica "Librería de Manuel Porrúa". Méx, D. F., 1958 p. 27.

(2).—Maitland, autor citado por Rodolfo Batiza, Ob. Cit. p. p. 26,27.

(3).—Floris Margadant Guillermo. Derecho Romano, Editorial Herrero, México, D. F. p. 288.

(4).—Autor citado Ob. Cit. p. 289.

Esta institución se creó con el fin de favorecer a una tercera persona cuando ésta no tenía la TESTAMENTI FACTIO PASSIVA, que consistía en la capacidad exigida para ser considerado como heredero por cualquiera de las formas de delación de herencia; (5) o para burlar las disposiciones de la LEX FALCIDIA ("ley rogada o plebiscito del año 40 A. de C. propuesta por el tribuno FALCIDIUS, reglamentando la libertad de legar y estableciendo que una cuarta parte del haber hereditario debía ser para el heredero, por lo que, si el testador dispuso por legados por encima de ese límite, debían reducirse proporcionalmente dichos legados"). (6)

Resumiendo, esta institución tenía como función el que una persona entregara ciertos bienes a otra para que ésta a su vez los entregara a una tercera persona la cual estaba impedida para recibir estos bienes directamente del fideicomitente testador; que era además un negocio en el que mediaba la buena fe del fiduciario, ya que no existía ninguna sanción al incumplimiento en el origen de dicha institución; era una liberalidad MORTIS CAUSA, y además no siempre el fiduciario tenía que entregar inmediatamente los bienes, sino que mediaba entre la recepción y la entrega, un intervalo de propiedad fiduciaria durante el cual, el fiduciario gozaba del objeto en cuestión. Este intervalo podía ser limitado por un término resolutorio o por una condición. (7)

b) DERECHO GERMANICO.—El profesor Gilbert T. Stephenson, (8) director de investigaciones sobre fideicomiso en la Escuela de Graduación Bancaria de St. Louis Missouri, U.S.A., afirma que se creó actualmente que el fideicomiso es de origen germánico más bien que romano, y sigue afirmando que hace algunas generaciones se les enseñó a ellos que el fideicomiso tuvo su origen en el antiguo FIDEI-COMISSUM romano, pero que los estudiantes modernos siguen la opinión de Scott de que su origen está en la institución germana del "SALMAND" o "TREUHAND", más que en el FIDEI-COMISSUM romano.

Este antecedente germánico también fue postulado por Holmes, quien afirma que el precursor del FEOFFEE TO USES inglés, se encuentra en el TREUHAND o SALMAND, primitivo albacea a quien se transmitían bienes inmuebles en vida del dueño para que a su muerte cumpliera con los fines previstos. También pensaba este autor que habiendo pasado a los tribunales eclesiásticos, después de la conquista

(5).—Gutiérrez Alvis Faustino, Diccionario de Derecho Romano. Editorial Reus, Madrid, 1945. p. 585.

(6).—Autor citado Ob. Cit. p. p. 345,346.

(7).—Floris Margadant Guillermo, Ob. Cit. p. 288.

(8).—T. Stephenson Gilbert, Memoria del 1er. Cónclave sobre fideicomiso de los representantes de la Asociación de Banqueros de México, con los abogados y funcionarios del Mercantil Bank and Trust Company, St. Louis-Missouri, USA., Noviembre de 1943 p. 5.

normanda, la jurisdicción sobre los bienes del decujus, el origen de los usos podía en cierto grado atribuirse a dichos tribunales. (9)

c) **ABORIGEN.**—Según Maitland el uso nació de las reglas del **COMMON LAW** relativas al mandato y afirma que era en realidad un mandato sin formalidades utilizado en un principio para bienes muebles y que vino a cristalizar cuando la práctica fue extendida a los inmuebles. (10) Holdsworth considera que el uso era una característica del derecho inmobiliario inglés, después de la conquista de Guillermo, así que cuando el canciller protege al beneficiario de un uso se limitó a reconocer y dar efectos a una relación antigua, común y bien entendida. (11) Según Ames, el uso fue un producto del sistema jurídico inglés, el cual seguía el principio de que “la equidad actúa sobre la conciencia” estimando que el canciller al sancionar su exigibilidad jurídica se guió por las antiguas acciones de **ACCOUNT** y **DETINUE** del **COMMON LAW**. (12)

d) **ORIGEN INDETERMINADO.** — Para Keeton la concepción básica del uso surge en diversos sistemas jurídicos aunque en la práctica existan diferencias considerables; cuando los hombres no están en posibilidad de gozar de las manifestaciones esenciales de la propiedad y tropiezan con dificultades y desventajas para dicho goce, el jurista debe encontrar una solución y así como el jurista romano de los tiempos de Augusto desarrolló el fideicomiso, el jurista inglés de la Edad Media desarrolló el uso y buscó a un funcionario que le protegiera (13).

e) **DERECHO ANGLOSAJON.** — Dice el profesor Stephenson que cuando el fideicomiso llegó a Inglaterra procedente de Alemania a través del canal inglés, fue aproximadamente en el año de 1066 cuando se estableció por primera vez en Inglaterra, pero que este fideicomiso era un pacto entre caballeros y no había un medio legal para hacerlo cumplir. Si a alguna persona se le dejaba una propiedad para administrarla en beneficio de un tercero, y si aquella no lo hacía tal como se le indicaba, no había manera de hacerla cumplir. (14)

Rodolfo Batiza citando a Scott afirma que desde la aparición de los **USOS**, hasta la plena integración del **Trust**, median cuatro periodos más o menos definidos. (15)

Continúa afirmando el licenciado Batiza que como lo observa **BACON**, el **USE** y el **TRUST** no surgieron de improviso, sino que fueron

(9).—Holmes, autor citado por Rodolfo Batiza, Ob. Cit. p. 27.

(10).—Holmes, autor citado por Rodolfo Batiza, Ob. Cit. p. 27.

(11).—Holdsworth Autor Citado por Rodolfo Batiza, Ob. Cit. p. 27,28.

(12).—Ames, Autor citado por Rodolfo Batiza, Ob. Cit. p. 28.

(13).—Keeton, Autor citado por Rodolfo Batiza, Ob. Cit. p. 28.

(14).—T. Stephenson-Gilbert, Ob. Cit. p. p. 5,6.

(15).—Rodolfo Batiza, Ob. Cit. p. 29.

resultado de la práctica y aceptación de tales formas jurídicas hasta llegar a convertirse en verdaderas instituciones del Derecho Inglés, a través de un largo proceso temporal que data del siglo XII, hasta la fecha. (16)

“El primer periodo se inicia, con el primitivo empleo de los “USOS” y continúa hasta comienzos del siglo XV, época en que reciben la sanción del canciller; el segundo periodo se extiende hasta la promulgación de la “LEY DE USOS” en el siglo XVI; el tercero alcanza los finales del siglo XVIII y marca la nueva etapa del derecho de Trusts; el cuarto y último periodo comprende el desarrollo del Trust moderno”. (17)

En el primer periodo no se puede determinar exactamente, la época en que se realizaron por primera vez los USOS, ya que existen varias opiniones, como ya lo indicamos en líneas anteriores, el profesor Stephenson afirma que se iniciaron aproximadamente en el año 1066 en Inglaterra, después de que la institución cruzó el Canal Inglés procedente de Alemania. Por otra parte, de acuerdo con la hipótesis de Maitland que afirma que su primera y general utilización haya ocurrido en el siglo XIII, como resultado de las transmisiones de tierras “para el uso” de frailes franciscanos, a quienes las reglas de orden prohibían ya individual o comunalmente la propiedad de bienes; ya para principios del siglo XV habíase generalizado tanto esta costumbre, que en el reinado de Enrique V (1413-1422), la mayor parte de las tierras de Inglaterra estaban sujetas al régimen de los usos. (18)

Durante este primer periodo, los USOS consistían en obligaciones de contenido moral y el cumplimiento de éstos estaba subordinado a la buena fe del FEOFFE, el cual, por lo regular era un simple prestanombre. El beneficiario o como se le llamaba CESTUI QUE USE (fideicomisario) no tenía ninguna protección jurídica o acción para exigir del FEOFFE el cumplimiento de la obligación contraída en el USO, pero a cambio de ésto gozaba del beneficio de no pagar los impuestos que se fijaban a la propiedad. (19)

Los tribunales ingleses guardaban una actitud de espectadores ante los USOS, ya que no intervenían pero tampoco se oponían a su práctica. En una situación muy diferente se encontraba el parlamento ya que se vio obligado a legislar sobre los USOS para evitar que éstos tuvieran fines abiertamente contrarios al orden público; en el año de 1376 el parlamento prohíbe la transmisión en USO en fraude de acreedores por lo que una persona se reservaba el uso de la cosa. Al año siguiente dictó

(16).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 29.

(17).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 29.

(18).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 29.

(19).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 29.

otra ley en la que se establecía que el despojante (disseisor) de tierras que las transfiriera a otras personas desconocidas o a magnates y lords para su propio uso y dificultando la restitución de éstos a su verdadero dueño, estaban afectados de nulidad. En el año de 1391 amplía el parlamento la aplicación de leyes de mano muerta que decretaban a favor del Rey la confiscación de tierras que se transfirieran a favor de corporaciones religiosas para cubrir la situación en que la transferencia se hiciera al uso de dichas corporaciones. (20)

El segundo periodo data aproximadamente desde mediados del siglo XV, hasta la promulgación de la LEY DE USOS; en esta época el Rey de Inglaterra y su canciller advirtieron la forma en que se administraban los fideicomisos y comenzaron a ponerlos en orden, haciendo que el fiduciario que había recibido los bienes para beneficio de un tercero, procediera correctamente: "si no proceden ustedes correctamente los encarcelo".

En el año de 1550 el fideicomiso no era un expediente muy bueno, había mucho de fraude en él, se empleaba usualmente para ocultar algo que una persona no debía hacer. En ese tiempo una iglesia o un monasterio no podía poseer títulos sobre un bien raíz, y como era necesario para la iglesia poseer esos bienes, los traspasó a fiduciarios que eran meros prestanombres, para que éstos los administraran en beneficio de la iglesia. Los franciscanos fueron los primeros fiduciarios, de 1400 a 1535, el fideicomiso se usó para engañar al gobierno y ayudar a la iglesia, esto fue a pesar de que el parlamento amplió las facultades del soberano para confiscar las tierras transferidas a corporaciones religiosas, como ya lo anotamos en líneas anteriores.

En Inglaterra durante la "guerra de las rosas" entre la casa de Lancaster y la casa de York, un soldado ponía sus propiedades en manos de un fiduciario para que cuando fuera a la guerra no fueran confiscadas por el enemigo, esto fue hasta que intervino el parlamento y le dio fin. (21)

En el siglo XV era notoria la rigidez adquirida por el cuerpo normativo aplicado por los tribunales del COMMON LAW; fenómeno que afectaba también al procedimiento como consecuencia de la inflexibilidad del sistema de las formas de acción. Si una petición no encuadraba en el "WRIT ORIGINAL" procedente, los tribunales estaban en la imposibilidad de suministrar recurso alguno. (22)

Desde fines del siglo XIV y principios del XV empiezan a llegar a la cancillería y al concejo del Rey numerosas quejas en contra del FEOFF-

(20).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. p. 29, 30.

(21).—T. Stephenson Gilbert. Ob. Cit. p. 6.

(22).—Rodolfo Batiza, Ob. Cit. p. 30.

ES infieles que no cumplían con sus obligaciones y esto por no ser un incumplimiento a obligaciones jurídicas sino morales, los tribunales del COMMON LAW no podían conocer estos asuntos. Pero la violación a la fe guardada cometida por los prestanombres, indignó al canciller, quien era un alto dignatario eclesiástico, provocando el deseo de hacer justicia y a mediados del siglo XV interviene para obligar a los FEOFFES infieles a la observancia de sus obligaciones morales. (23)

En el tercer periodo, que empieza en el año de 1535 y termina hasta el siglo XVIII, se inició lo que se llamó, los cien años más notables, de 1535 a 1635, encontrándose en este tiempo una tercera parte de los bienes raíces de Inglaterra afectados a USES. (24)

Y es por instancias del Rey Enrique VIII, que el parlamento dictó en el año de 1535 la Ley "ESTATUTOS DE USOS" ya que era escandalosa la ola de fraudes que se llegaron a cometer al abrigo de los USOS.

Holdsworth, afirma que esta ley de usos representa tal vez, la contribución más trascendental realizada por el legislador al derecho privado inglés. "Describe con amplitud los múltiples males originados por el empleo de los usos: el despojo a los herederos de sus legítimos derechos; las cesiones secretas en fraude de acreedores y adquirentes; la privación a los señores de sus derechos de guarda, matrimonio, ayuda, reversión y confiscación; la pérdida para el marido de su tenencia "por cortesía" y para la esposa, la del usufructo sobre un tercio de las tierras de aquél; la burla al Rey de su derecho a los bienes de los condenados por felonía; la usurpación del goce de las tierras inglesas por extranjeros; y, en general, resumía el preámbulo muchos otros inconvenientes han ocurrido y diariamente aumentan entre los súbditos, que causan gran inquietud y perturbación y la completa subversión del antiguo Common Law de este Reino". (25)

La solución que vino a dar esta ley de usos fue: que no decretó la ilegalidad de los usos sino que adjudicó al CESTUI QUE USE en su favor el Título legal del bien puesto en USE y no lo privó de su derecho de equidad, y a éste correspondería íntegramente el derecho a los bienes, y el FEOFFE TO USE fue eliminado completamente de la relación jurídica. (26)

Con esta situación ya era más difícil para el FEOFFE enajenar bienes en USE en fraude de acreedores, y el prestanombre CESTUI QUE USE era el propietario de los bienes puestos en USE.

(23).—Aut. Cit. Ob. Cit. p.p. 30-31

(24).—T. Stephenson Gilbert. Ob. Cit. p. 6.

(25).—Holdsworth, Autor citado por Rodolfo Batiza, Ob. Cit. p. p. 33,34.

(26).—Rodolfo Batiza Ob. Cit. p. 34.

Es en esta época cuando en realidad el fideicomiso entra en su etapa decisiva de desarrollo que llegará a culminar con una institución más perfecta y útil a través de su desenvolvimiento subsecuente.

El cuarto período es el que comprende desde fines del siglo XVIII a la época contemporánea. Afirma Scott que pudo haberse pensado que la Ley de USOS acabaría con las prácticas abusivas de los USOS y que en el futuro ya no se llegaría a la escisión entre el título legal y el derecho de equidad. Pero posteriormente ciertos acontecimientos demostraron, que la Ley no había logrado la extirpación total de estos vicios y que siguió el desdoblamiento entre el derecho legal y el derecho del beneficiario. Los jueces del Common Law y los cancilleres, afirmaban que la aplicación de la Ley no debía extenderse más allá de su texto literal, y por eso se reconocía en ciertas situaciones que el título legal no se desplazaba a favor del dueño en su equidad, es decir, que no se había ejecutado el uso. (27)

A los pocos años de promulgada la LEY DE USOS, se sostuvo que era inaplicable a los USOS "ACTIVOS" cuando el FEOFFE tenía instrucciones de permitir al CESTUI QUE USE el cobro de frutos y rentas, en el caso de "USO PASIVO", si se consideraba que quedaba ejecutado; pero si correspondía al FEOFFE hacer dichos cobros y entregar los productos al CESTUI, se resolvía que el título legal subsistía en el FEOFFE. (28)

En el siglo XVII se aceptaba el principio de que, la equidad sigue al derecho estricto, ésto determina que el derecho de TRUST, fuera progresivamente sistematizado y se hizo más difícil la evasión de normas legales a través de subterfugios.

Scott consideraba que la antigua filosofía de los USOS desarrollada por la intervención de los cancilleres durante el siglo XV y hecha más sutil y complicada por los tribunales del Common Law en el siglo siguiente, dio paso a una nueva filosofía del TRUST, basada sobre concepciones más claras del orden público y de la naturaleza y los fines del derecho. (29)

Afirma Rodolfo Batiza que al llegar el siglo XIX, la rama jurídica de TRUST había alcanzado su madurez completa y quedarían sólo por desarrollar aspectos de detalle. El cambio de mayor importancia se registra en el suministro de servicios técnicos especializados con la aparición del TRUSTEE. (30)

La Ley de USOS que fue promulgada por Enrique VIII en 1535

(27).—Scott. Autor citado por Rodolfo Batiza, Ob. Cit. p. 35.

(28).—Scott. Autor citado por Rodolfo Batiza, Ob. Cit. p. 35.

(29).—Scott. Autor citado por Rodolfo Batiza, Ob. Cit. p. 37.

(30).—Rodolfo Batiza Ob. Cit. p. 38.

estuvo vigente hasta el año de 1925 en que fue derogada por THE LAW OF PROPERTY ACT. (31)

Afirma el Lic. Emilio Gutiérrez Moller que los efectos de la LEY DE USOS de 1535 fueron los siguientes:

“1º—Reconocer jurídicamente la institución del USE.

2º—Convertir al CESTUI en propietario de las cosas dadas en USE, desde el momento de constituirse éste, lo que evitaba que el creador del USE defraudara a sus acreedores.

3º—Frustrar las intenciones del creador del USE al transmitirse automáticamente la propiedad al CESTUI. (32)

4º—Dar lugar, para evitar el efecto señalado en el punto anterior, al nacimiento de los USES dobles, en los que el CESTUI del primer USE se constituía en FEOFFE del segundo, de modo que los bienes pasaran automáticamente al primer beneficiario quien operaba como fiduciario del segundo beneficiario, (33) o sea que esta ley no decretó la ilegalidad de los usos, ni privó al beneficiario de su derecho de equidad, sino que adjudicó a su favor el título legal del bien puesto en uso. Con esta ley desaparecieron temporalmente las prácticas abusivas de los usos”. (34)

En el año de 1925, se derogó la ley de USOS de 1535, y es cuando verdaderamente adquiere una importancia inusitada en el mundo económico anglo-norteamericano y en general de todo el mundo occidental, ampliándose su aplicación de la esfera familiar a la esfera comercial y empleándose para infinidad de situaciones. Señala SCOTT, (35) que aún cuando existen diversas figuras jurídicas idóneas para situaciones especiales, como el depósito, el albaceazgo, la tutela y la hipoteca, el TRUST puede utilizarse en cualquiera de estas formas para alcanzar diversos fines, siempre y cuando éstos sean lícitos y no vayan en contra del orden público.

El TRUST ha venido para garantizar la estabilidad económica de ciertas personas incapacitadas; ha acrecentado la eficacia protectora del seguro de vida, evitando que la indemnización se disipe; ha asegurado la protección de los beneficiarios en el goce de sus derechos, haciendo inalienables los bienes y poniéndolos fuera del alcance de los acreedores y lo más importante, ha logrado la estabilidad financiera de la familia, ha

(31).—Gutiérrez Moller Emilio. “Ensayo sobre los elementos personales del fideicomiso”. Tesis UNAM 1965. p. p. 22,23.

(32).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 23.

(33).—Octavio Hernández. Autor citado por Emilio Gutiérrez Moller. Ob. Cit. p. 23.

(34).—Gutiérrez Moller Emilio Ob. Cit. p. 23.

(35).—Autor citado por Rodolfo Batiza. Ob. Cit. p. 21.

evitado litigios, juicios sucesorios, ha facilitado la financiación de las empresas y la liquidación de las mismas.

El profesor Gilbert T. Stephenson (36), haciendo una relación acerca de la historia de las instituciones dedicadas a este tipo de negocios en los Estados Unidos, indica que la primera corporación que se dedicó a los negocios de fideicomiso fue la MASSACHUSETTS HOSPITAL LIFE INSURANCE Co., que fue constituida en 1818, pero que durante cinco años se dedicó a estos negocios sin ninguna autorización legal, pero que en 1823 en virtud de reformas a la ley, la MASSACHUSETTS obtuvo autorización estatutaria para dedicarse a negocios de Fideicomiso y así ha seguido desde entonces en ese ramo.

En 1822 fue constituida y autorizada por la legislatura de New York la FARMERS FIRE INSURANCE & LOAN Co., que actualmente es la CITY BANK FARMERS TRUST Co., y que fue autorizada para celebrar negocios de FIDEICOMISO. (37)

Dice además, que hay varias etapas en el desarrollo del fideicomiso en los Estados Unidos. La primera comprende de 1818 a 1850, se inició con la Massachusetts Life Insurance y posteriormente fue esta institución buscando acomodo entre las diversas compañías americanas, sobre seguros de vida y seguros contra incendio. LA FARMERS FIRE INSURANCE & LOAN Co., que en un tiempo estuvo asociada con la CANAL Co.

La tercera corporación en los Estados Unidos autorizada para efectuar negocios de Fideicomiso fue la MORRIS CANAL Co., de New Jersey la cual se asoció en 1830 con la NY LIFE & INSURANCE Co., de N. Y. Esta fue la primera vez que la palabra Fideicomiso se usó en el nombre de una corporación dedicada a negocios de esta índole. En ese mismo año, la antigua PHILADELPHIA COMPANY se inició en las operaciones de FIDEICOMISO, después se llamó la GIRARD COMPANY ahora es la gran GIRARD LIFE INSURANCE, ANNUITY & TRUST Co. (38)

Los Bancos se mantenían al margen de esta actividad. El único Estado en que los bancos realizaban estos negocios era New York. Así es que en los primeros treinta años de la existencia corporativa de los negocios de FIDEICOMISO, éste buscaba con quien asociarse y después de algunos intentos decidió continuar solo. (39)

En el año de 1850 aparecen las organizaciones de compañías de fideicomiso, de 1850 a 1890 se desarrolló una gran competencia entre

(36).—T. Stephenson Gilbert. Ob. Cit. p. 34.

(37).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 55.

(38).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 59.

(39).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 60.

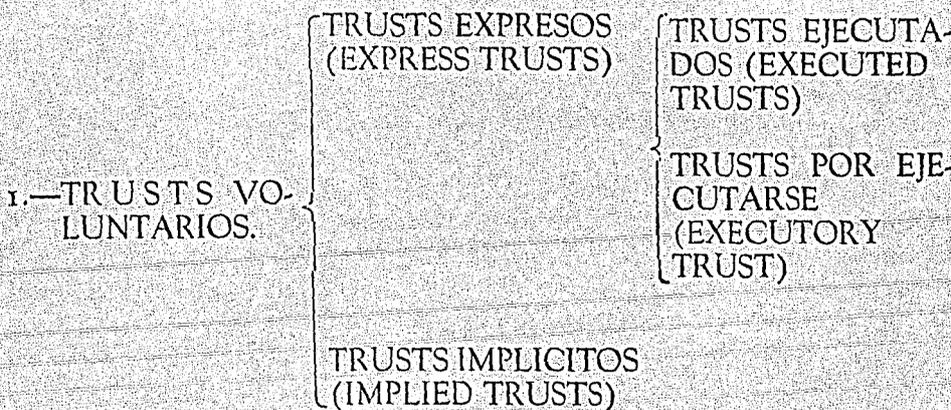
las compañías de FIDEICOMISO y los bancos. En 1890 existían en los Estados Unidos unas noventa compañías de FIDEICOMISO y fue entonces cuando los bancos comenzaron a desarrollar esta actividad.

En el año de 1913 se aprobó la Ley de Reserva Federal y se concedió a los bancos nacionales autorización para celebrar esta clase de operaciones. El primer Banco Nacional en iniciar negocios de Fideicomiso fue constituido en 1915. (40)

Actualmente existen en los Estados Unidos de Norteamérica, compañías fiduciarias puras o sea que únicamente se dedican al fideicomiso y a ningún otro tipo de actividad bancaria por ejemplo la ST. LOUIS UNION TRUST CO.

El TRUST en Norteamérica se aplica fundamentalmente a negocios de administración, que prácticamente han ido quedando en manos de instituciones bancarias, ahora bien, el Trust norteamericano es el antecedente mediato de nuestro fideicomiso. En Estados Unidos el TRUST es la forma jurídica de mayor empleo, ya que se usa desde la celebración de una compraventa (TRUST FOR SALE), hasta para la formación de grandes monopolios. (HOLDING TRUSTS, BUSINESS TRUST). (41)

LA CLASIFICACION DE LOS TRUSTS. Rodolfo Batiza considera un criterio de clasificación de los Trusts, según la exposición de CHESHIRE, y que está fundada en principios que pueden remontarse a LORD NOTTINGHAM en el siglo XVIII, esta clasificación es la siguiente: Trusts Voluntarios y Trusts por ministerio de Ley. (42)



(40).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 60.

(41).—Gutiérrez Moller Emilio Ob. Cit. p. 25.

(42).—Rodolfo Batiza Ob. Cit. p. 52.

2.—TRUSTS QUE
NACEN POR
MINISTERIO
DE LEY.

TRUSTS INTERPRETATIVOS
(CONSTRUCTIVE TRUSTS)
TRUSTS RESULTANTES

(RESULTING TRUSTS)

A continuación pasamos a examinar las diferentes categorías expuestas:

TRUST EXPRESO.—El Trust expreso es aquel que se crea intencional y deliberadamente por alguna persona, ya sea por medio de un convenio o por medio de un testamento, también puede ser mediante una declaración oral, si el objeto consiste en bienes muebles. Este tipo de Trust nace de la interpretación del instrumento que le da forma. (43)

TRUST EJECUTADO.—Este tipo de Trust es una subdivisión del Trust Expreso, en esta categoría, el SETTLOR (Fideicomitente), es el que manifiesta al constituirse el TRUST, la forma en que éste debe manejarse y no hay necesidad de anexar ningún documento adicional para indicar las modalidades a que está sujeto. (44)

TRUST POR EJECUTARSE.—Es aquél en el que se conceden derechos a los beneficiarios pero no de efectos inmediatos o sea que estos derechos están subordinados a algún acto adicional que debe ejecutar una tercera persona. (45) Diríamos que los beneficios que concede este Trust están subordinados al cumplimiento de una condición suspensiva.

TRUST IMPLICITO.—Este tipo de Trust Implied Trust es una subdivisión de los trusts voluntarios. Es aquél en el que los tribunales emiten su juicio reconociéndolo y considerando cual fue la intención de las partes al constituirlo, todo esto como resultado de los términos en que está redactado el instrumento o en razón de las circunstancias que rodearon al acto en su celebración. (46)

Consideramos que en este tipo de trust el tribunal le reconoce efectos en la medida en que se haya redactado el instrumento, aun cuando no se hayan empleado los términos técnicos para realizarlo. Por eso Roldolfo Batiza dice que más bien debe llamarse trust inferido, ya que del instrumento se infiere, qué quisieron decir las partes o qué acto quisie-

(43).—Autor citado Ob. Cit. p. 53.

(44).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 53.

(45).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 53.

(46).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 53.

ron realizar, aunque no se haya procedido de acuerdo con los términos técnicos. (47)

TRUST POR MINISTERIO DE LEY.—Es aquél en el que no media la voluntad por considerarse que ciertos bienes deben conservarse en beneficio de alguna persona. (48)

TRUST INTERPRETATIVO.—O constructive trust es aquél que se exige a una persona que, ocupando una posición fiduciaria con respecto a ciertos bienes y debido a ella obtiene alguna ventaja personal. (49)

TRUST RESULTANTE.—Resulting trust, Chesire, (50) no define este tipo de trust pero considera que éste puede nacer de dos maneras, 1º por la transmisión a nombre de otro. Es el caso en el que una persona en una compraventa paga el precio, pero con el fin de que ese bien pase a poder de otra persona. En este caso sigue citando el autor, que nace el trust resultante por ministerio de ley a favor de quien entregó el precio, a menos que las circunstancias demuestren que éste quiso hacer una donación. (51)

2º—Cuando un trust expreso ya en existencia, se frustra total o parcialmente, situación en que los bienes revierten al SETTLOR o a sus herederos, salvo que haya alguna indicación diversa en el instrumento. (52)

Por los conceptos vertidos es de considerarse que el Trust es una de las formas jurídicas más útiles dentro del Derecho Anglosajón tal y como lo afirma LEPAULLE, que sirve para todo, (53) o quizá pudiera resumirse mejor en la afirmación de Scott: Los fines para los cuales puede emplearse son tan ilimitados como puede serlo la imaginación de los abogados (54).

Debido a la gran variedad de usos que tiene esta institución, principalmente en el presente siglo, en el que se ha desarrollado considerablemente, y en razón del expansionismo norteamericano y su influencia económica en los diversos países iberoamericanos, el TRUST se ha entronizado en los sistemas jurídicos de derecho escrito, adquiriendo una adaptación de la institución, de acuerdo con los lineamientos jurídicos de cada país.

En el plano internacional también ha tenido una gran importancia,

(47).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 54.

(48).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 54.

(49).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 54.

(50).—Chesire, Autor citado por Rodolfo Batiza, Ob. Cit. p. 55.

(51).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 55.

(52).—Aut. Cit. Ob. Cit. 55.

(53).—Lajpaulle, Autor citado por Rodolfo Batiza, Ob. Cit. p. 24.

(54).—Scott, Autor citado por Rodolfo Batiza, Ob. Cit. p. 25.

ya que la Organización de las Naciones Unidas ha recurrido a ella y al enfoque fiduciario en la administración de territorios subdesarrollados.

En nuestro país el fideicomiso llegó debido a la invasión de capitales norteamericanos, por lo que se inició un movimiento legislativo tendiente a crear una institución semejante al TRUST de Norteamérica. Por lo anterior consideramos a éste como un antecedente mediato del Fideicomiso mexicano aun cuando existen grandes diferencias entre ambas instituciones debido a la diferencia de sistemas jurídicos, consuetudinario el uno y de derecho escrito el otro.

2. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MEXICANO

Aun cuando el Fideicomiso es una institución de reciente creación en el derecho mexicano, ya que legislativamente existe desde el año de 1924, es de considerarse que antes de esta fecha sin estar regulada legalmente, ya existía y se celebraban negocios fiduciarios desde el punto de vista técnico, no obstante que en el instrumento en el que se creaba dicho negocio tenía otros nombres como son el de mandato, préstamo, hipoteca; o sea que no se empleaban los términos técnicos para definirlo, a lo que se pudo haber llamado TRUST implícito según CHESIRE, (55) o bien como afirma el Lic. Rodolfo Batiza, TRUST INFERIDO, (56) ya que se infiere del instrumento que lo que quiso celebrarse, fue un Fideicomiso, aunque no se emplearon los términos apropiados para denominarlo.

a) LA PRIMERA APLICACION PRACTICA DEL TRUST EN MEXICO.—El profesor Joseph E. Daniels en una carta dirigida al profesor Gilbert T. Stephenson con motivo del primer cónclave sobre Fideicomiso de los representantes de la Asociación de Banqueros de México con los abogados y funcionarios del "Mercantile Commerce Bank and Trust Company", celebrado en San Louis Missouri, U.S.A., los días 8, 9 y 10 de mayo de 1943, le indicaba que el primer y más antiguo fideicomiso en el nuevo continente se estableció en México. Afirmaba lo anterior en virtud de haber leído el testamento de Hernán Cortés fechado el 13 de octubre de 1647. (57)

La primera aplicación práctica del fideicomiso en nuestro país fue con motivo de la construcción de Ferrocarriles. Y al respecto el Lic.

(55).—Chesire Autor citado por Rodolfo Batiza Ob. Cit. p. 53.

(56).—Ob. Cit. p. 53.

(57).—T. Stephenson Gilbert. Ob. Cit. p. 3.

Emilio Velazco (58), manifiesta que nuestro país debido al desarrollo industrial, exigió la inversión de cuantiosos capitales que casi en su totalidad han sido traídos del extranjero especialmente de los Estados Unidos y de Inglaterra. La forma que han tomado la mayoría de esas inversiones es la de bonos hipotecarios, que era la forma empleada para reunir los fondos que requería la construcción de los ferrocarriles. Este tipo de inversiones es una variedad del TRUST DEED, (según Powell es una variedad de trust que se ocupa para cumplir con las funciones de la hipoteca), (59) aún cuando era otorgado en el extranjero, podía surtir efectos conforme a las leyes mexicanas y se consideraba que esta variedad descompuesta en sus varios elementos, correspondía a los contratos de préstamo, mandato e hipoteca. De esta manera, fue como se inició la construcción de ferrocarriles en nuestro país, estableciendo como garantía de los tomadores de bonos, todos los bienes del ferrocarril. El contrato de Trust se otorga entre la compañía del ferrocarril por una parte, y por otra, otra persona o compañía llamada TRUSTEE, éste último no contrata por su cuenta ni para su beneficio, sino por cuenta y para beneficio de los futuros tomadores de las obligaciones. Su misión es cuidar y vigilar los intereses de los obligacionistas y esta misión se ejerce desde que se intenta otorgar el contrato de trust. Una compañía de ferrocarril que decide emitir un empréstito, lo garantiza con la hipoteca de sus bienes.

De lo anterior concluimos que en México se usó esta institución siguiendo los lineamientos que la Constitución vigente en aquella época señalaba, para la realización en nuestro país de actos jurídicos celebrados en el extranjero y además por la autorización del Código Civil de 1884 y de la Ley de Ferrocarriles de 29 de abril de 1899. (60)

b) PROYECTO LIMANTOUR.—Algunos años más tarde, se inició cierta inquietud legislativa y surge lo que se llamó: PROYECTO LIMANTOUR, (61) que fue una iniciativa de ley presentada a la Cámara de Diputados por el entonces Secretario de Hacienda don José Ives Limantour, de fecha 21 de noviembre de 1905. Esta iniciativa tenía por objeto, facultar al ejecutivo para que expidiera una ley, por medio de la cual se pudieran constituir en la república instituciones comerciales cuyo objeto fuera el de desempeñar funciones de agentes fideicomisarios. El autor de este proyecto fue el Lic. Don José Vera Estañol. Venía precedido de una especie de exposición de motivos en la cual se

(58).—Velazco Emilio. Rev. Gral. de Der. y Jurisprudencia. Año III. Julio-Septiembre No. 3. p. p. 383,405.

(59).—Autor citado por Rodolfo Batiza. Ob. Cit. p. 23.

(60).—Velazco Emilio. Ob. Cit. p. p. 383,405.

(61).—Rodolfo Batiza. Ob. Cit. p. 95.

indicaba que a causa del incremento de los negocios y la industria en México y a la invasión de capitales extranjeros, se ha notado una falta de cierto tipo de organizaciones especiales, que en los países anglosajones se llaman "TRUST COMPANIES" o compañías fideicomisarias, cuya actividad principal se encamina a ejecutar actos y operaciones en las cuales no tienen interés directo, sino que obran como meros intermediarios ejecutando imparcial y fielmente actos y operaciones en beneficio de las partes verdaderamente interesadas o de terceras personas. Se decía también que la función de estas instituciones era la de interponer su mediación para asegurar el cumplimiento futuro de buena fe, (nótese que en esta parte se incluye uno de los principios que rigen a la fiducia y se puede afirmar que se pensaba en la institución romana del FIDEICOMISSO en la que su cumplimiento está subordinado a la BONA FIDES del fiduciario como lo anotamos en páginas anteriores al hablar de ésta). Además se pensó en que debían reglamentarse estas instituciones en beneficio de los intereses confiados a éstas. Agregaba: "Que debido a las relaciones cada vez más estrechas que se van estableciendo entre nuestra vida comercial y la de los Estados Unidos de América, la afluencia de capitales de ese país hacia el nuestro, para desarrollar toda clase de transacciones en nuestra actividad general, han hecho sentir al poder público la necesidad de incorporar en nuestra legislación, la institución que tan favorables resultados y tan incontables servicios presta en los Estados Unidos y en otros países..." (62)

Este proyecto no llegó a discutirse nunca a pesar de haberse turnado a las comisiones unidas primera de justicia y segunda de hacienda de la cámara de diputados, el mismo día en que fue enviado a dicha cámara, pero tiene el mérito de haber sido el primer intento legislativo de esta institución clásicamente anglosajona en un país de tradición jurídica romanista.

Es de tomarse en cuenta dicha circunstancia en virtud de la diferencia de sistemas jurídicos, y que esta institución tuvo que iniciar un largo recorrido para tratar de convencer a los juristas mexicanos, tan celosos de sus tradiciones, de adoptar una institución semejante al TRUST, dentro de nuestro ordenamiento jurídico positivo.

Constaba este proyecto de ocho artículos, e indicaba que el fideicomiso para el cual se autorizaba la creación de dichas instituciones, podrá consistir: 1º—En el encargo hecho al fideicomisario, por virtud de contrato entre dos o más personas, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, para bene-

(62).—Sesión de 28 de febrero "Convención Bancaria de 1924", Publicaciones de la S. de H. y C. P. Edit. Cultura. México 1924 p.p. 135, 138, 140, 144.

ficio de alguna o todas las partes en ese contrato o de un tercero, o para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato o que sean consecuencia legal del mismo. 2º—En el encargo hecho al fideicomisario, por parte interesada o mandamiento judicial, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, en beneficio de un tercero que tenga o a quien se confiera derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o a cualquier ventaja o aprovechamiento sobre dichos bienes o en relación con ellos. El artículo 3º indicaba que el derecho sobre los bienes es de la naturaleza de un derecho real y la manera de hacerlos valer. El artículo 4º indicaba que la ley señalaría ciertos requisitos los cuales debían ser cumplidos por las compañías de fideicomiso y además que éstas debían ser autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El artículo 5º señalaba que las compañías fideicomisarias estarían autorizadas para realizar fines que no fueran incompatibles con sus funciones fundamentales. El artículo 6º indicaba que la ley señalaría la garantía que debían otorgar estas instituciones para el fiel desempeño de sus funciones y además la manera en que la Secretaría de Hacienda podría llevar a cabo la inspección de su funcionamiento, en bien del interés público. El artículo 7º establecía exenciones y privilegios especiales que podían concederse a las compañías de fideicomiso. Por último el artículo 8º facultaba al ejecutivo para modificar la legislación civil, mercantil y de procedimientos, a fin de adaptar al fideicomiso dentro de nuestra legislación y garantizar su funcionamiento.

Define en sus artículos primero y segundo en qué podría consistir el fideicomiso sin dar una definición de éste.

A grandes rasgos notamos que casi todo el contenido de este proyecto se encaminó a institucionalizar la función del fiduciario, estableciendo requisitos para su funcionamiento.

La naturaleza del derecho sobre los bienes objeto del fideicomiso sería la de un derecho real según el artículo 3º de dicho proyecto, pero no definía qué clase derecho real dejando a la ley la tarea de determinar esa circunstancia y además la forma de hacer valer tales derechos.

En su artículo octavo encontramos el deseo de introducir al fideicomiso en nuestra legislación, aún a costa de que se reformaran algunos preceptos en la legislación ordinaria para hacerle un lugar dentro del Derecho positivo mexicano. Como ya lo indicamos anteriormente este proyecto no pasó a ser más que eso.

c) PROYECTO CREEL.—Este es el segundo intento en que se trató de establecer en nuestro país esta institución, fue en el año de 1924 en la Convención de Banqueros, en esta convención, el Sr. Enrique

C. Creel expuso, que se había iniciado en la República la creación de compañías bancarias de fideicomiso y de ahorro y que, como autor de este proyecto, tenía la obligación de informar, la manera de cómo se lleva a cabo esta actividad en los Estados Unidos por los TRUST AND SAVINGS BANKS, refiriéndose más que a los textos de la ley, a los sistemas prácticos que empleaban éstos, y por lo que él había observado en aquel país. Indicó el señor Creel que la principal de las operaciones que celebran estos bancos y es característica de esas compañías de fideicomiso, consiste en la aceptación de hipotecas, de contratos de fideicomiso de toda clase de propiedades, bonos de compañías de ferrocarriles, y de otras operaciones consistentes en recibir en fideicomiso bienes de viudas, huérfanos y niños y es así como los bienes, muebles e inmuebles, quedan asegurados y administrados por una institución de crédito y prestigio. (63)

En la convención el señor Creel proponía diecisiete bases conforme a las cuales el Ejecutivo de la Unión pudiera expedir una ley general, las más importantes bases son las siguientes:

I.—Las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro contarían con un capital de \$500,000.00 en el Distrito Federal y de \$250,000.00 en los estados y territorios. II.—Dichas compañías podían recibir hipotecas en garantía de los bonos que emitieran en nombre de sociedades, corporaciones o particulares, encargarse del pago de cupones, de la amortización de bonos y de celebrar toda clase de contratos de fideicomiso. III y IV.—Ejecutar las funciones de albacea, administrador, tutor y síndico en los concursos. V.—Servir como peritos valuadores de toda clase de bienes. VI.—Conservar en depósito y administración, bienes de incapaces. VII.—Recibir en guarda los contratos condicionales celebrados por empresas o particulares, para su eventual cumplimiento. VIII.—Pagar los impuestos y mesadas de gastos de su clientela. IX.—Llevar libros de registro para la transmisión de acciones y bonos nominativos de toda clase de sociedades. X.—Expedir certificados sobre la validez de toda clase de títulos de propiedad. XI.—Llevar registros de capitales y notas del curso de los negocios para dar informes confidenciales a su clientela y al comercio en general. XII y XIII.—Hacer toda clase de operaciones bancarias de depósito y descuentos y establecer cajas de ahorro. XVII.—Se conceden a las compañías durante un lapso de veinticinco años, las franquicias fiscales señaladas en la Ley de Instituciones de Crédito de 1897. (64)

Este segundo intento tampoco tuvo éxito, aunque la convención opi-

(63).—Ob. Cit. pp. 135, 138, 140, 144

(64).—Rodolfo Batiza Ob. Cit. p. 100.

nó que se pusiera a la consideración de la Secretaría de Hacienda, pero nunca fue sancionado como ley, aún así, se considera que aunque no pasó a ser ley, sí influyó en la legislación posterior.

Esta negativa del poder público para elaborar una ley de fideicomiso, creemos se debió al temor de implantar en nuestro país una institución jurídica diferente y que no encuadraría en nuestro sistema jurídico de origen romanista, pero si se sentía la necesidad de su existencia, debido a las nuevas exigencias comerciales y financieras y es por eso que en el mismo año de 1924 es cuando se inicia la adopción legislativa de nuestra institución.

d) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924. — Como ya lo hemos anotado en líneas anteriores, fue después de varios intentos que se creó la primera LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924. A fines del año de 1924 se dicta esta ley y se publica en el Diario Oficial de dieciseis de enero de 1925. Entre las instituciones objeto de la ley quedaban comprendidos los bancos de fideicomiso, art. 6º fr. VII; Art. 7º a los cuales sometía a un régimen de concesión estatal; Art. 12 fr. II inciso E debían contar con un capital mínimo de \$1.000,000.00 en el Distrito Federal y de \$500,000.00 en los Estados y territorios. Art. 15.—Las concesiones tendrían una duración máxima de treinta años a partir de la fecha de la ley y su carácter era el de autorizaciones para establecer y explotar instituciones de crédito. Art. 73.—Las funciones de los bancos de fideicomiso, hacíanse consistir en que servían los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confiaban e interviniendo con la representación de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios al ser emitidos éstos, o durante el tiempo de su vigencia. Art. 74.—Indicaba que los bancos de fideicomiso se regirían por la ley especial que para tal efecto debía expedirse.

Afirma Batiza que bajo la vigencia de esta Ley no era posible la existencia de los llamados bancos de fideicomiso ni en consecuencia la actividad que éstos debían desarrollar, ya que esta ley establecía en su artículo 74 que dichos bancos se regirían por una ley especial que para el efecto debía expedirse. Dicha ley fue la de Bancos de fideicomiso de 30 de junio de 1926 cuya vigencia fue muy precaria, algo más de cuatro meses, y aparte de lo novedoso de la institución era natural que no se llegara a realizar ningún negocio de fideicomiso.

e) PROYECTO VERA ESTAÑOL (65).—El Lic. Jorge Vera Estañol realizó un proyecto de ley de compañías fideicomisarias y de

(65).—Rodolfo Batiza "Realidades del fideicomiso en México". Rev. Bancaria. Vol. III No. 4

ahorro, este proyecto fue presentado a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el mes de marzo de 1926. Aunque realizado muchos años antes, no fue votado como ley pero sí influyó bastante en la legislación posterior.

f) **LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926.** — Es en el año de 1926 cuando se dictó la ley que señalaba el artículo 74 de la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, fue publicada en el Diario Oficial de 17 de julio de 1926. Esta ley constaba de 86 artículos y estaba distribuida en cinco capítulos que se referían a: Objeto y constitución de los bancos de fideicomiso, operaciones de fideicomiso, departamento de ahorros, operaciones bancarias de depósito y descuento y disposiciones generales.

El objeto principal de los bancos de fideicomiso era la celebración de operaciones por cuenta ajena a favor de un tercero y autorizados por la ley esta celebración se confiaba a la buena fe y honradez de dichas instituciones.

Art. 1º—Se reproducía el régimen de concesión estatal consagrado en la ley de 1924; Art. 2º—Se exigía un capital mínimo de \$500,000.00 en el Distrito Federal y de \$250,000.00 en los Estados y territorios. Art. 5º—Se establecía la prohibición de que bancos y compañías extranjeras tuvieran agencias o sucursales con el objeto de celebrar operaciones de fideicomiso; Art. 6º—Esta ley reglamentó al fideicomiso definiéndolo como un **MANDATO IRREVOCABLE**, en virtud del cual se entregan al banco con carácter de fiduciario determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega (fideicomitente), a beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario. Art. 7º—El fin del fideicomiso debía ser lícito; Art. 8º y 9º Prohibía los fideicomisos secretos y los constituidos a título gratuito que produjeran efectos a la muerte del fideicomitente cuando fueran a favor de incapaces de heredar o recibir legados; Art. 11º—Las formas de constitución podían ser escritura pública, testamento o escritura privada; Art. 13º Párr. I.—Podían ser objeto del fideicomiso, bienes inmuebles y derechos reales, así como cualesquiera clase de valores, créditos, títulos, dinero en efectivo, bienes muebles en general y cualesquiera derechos, exceptuando los que conforme a la ley no pudieran ser ejercitados sino directa e individualmente por su dueño. Párr. II y III.—El fideicomiso constituido sobre inmuebles debía inscribirse en la sección de Propiedad del Registro Público, si hubiera traslación de dominio y si no fuere así, en el de hipotecas, en caso contrario, mediante la presentación del documento de aceptación del banco; Art. 14º—El banco podía ejercitar todas las acciones inherentes al dominio de los bienes fideicometidos aun cuando no se expresara en el documento cons-

titutivo; Art. 16º—El fiduciario podrá ser separado de su cargo a petición del fideicomitente, del fideicomisario o del Ministerio Público, cuando tuviere intereses opuestos a los de la ejecución del fideicomiso o cuando malversare fondos dolosamente; Art. 21º—Las controversias que se presentasen entre los elementos personales del fideicomiso se ventilarían en juicio mercantil. Establece causas de extinción: I.—Por el cumplimiento de su objeto. II.—Por hacerse éste imposible. III.—Por no cumplirse la condición suspensiva de que dependiera, dentro de los veinte años siguientes a su constitución. IV.—Por cumplirse la condición resolutoria. V.—Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario. La ley de 1926 también contenía en su articulado las facultades que tenían los bancos de fideicomiso. En su artículo 22 fr. I.—Facultaba a los bancos de fideicomiso para encargarse como fiduciarios de las siguientes operaciones: intervenir en la ejecución de contratos a plazos o condicionales para su eventual cumplimiento conforme a lo convenido por las partes, a efecto de recibir o entregar valores o ejecutar cualesquiera otros actos al cumplirse las condiciones previstas; fr. II.—Intervenir en la emisión de bonos al portador con garantía hipotecaria o sin ella, otorgando en unión de la parte emisora la correspondiente escritura de emisión y de garantía, así como los títulos mismos, a fin de acreditar su legitimidad, con la obligación de entregar oportunamente al emisor los fondos pagados por los suscriptores o adquirientes de los bonos; fr. III.—Encargarse de llevar, en representación de las respectivas personas o sociedades, los libros de registro de transmisión de acciones o bonos nominativos, las escrituras constitutivas o de emisión, o los estatutos y reglamentos correspondientes; fr. IV.—Ejercer el patronato de fundaciones de beneficencia, investigación o difusión de la cultura; fr. V.—Y ejecutar cualquier otro acto y operación, siempre que se reuniesen los requisitos legales para la existencia del fideicomiso propiamente dicho.

El artículo 23 de la propia ley concedía otras facultades a los bancos de fideicomiso; fr. I.—Administrar bienes muebles o inmuebles incluyendo los pertenecientes a sucesiones u otros incapacitados, ausentes o ignorados y concursos de acreedores. Fracs. III, IV y V; Desempeñar el cargo de albacea general, albacea delegado, executor, executor testamentario, síndico e interventor en los juicios de concurso. Fracs. VI y VII; Actuar como depositario, interventor y representante de ausentes e ignorados; VIII.—Suscribir por cuenta ajena acciones de sociedades mercantiles, al ser organizadas o aumentarse su capital; fracs. IX y X.—Ejercer el cargo de representante común de obligacionistas o tenedores de bonos, comisario de sociedades anónimas, consejo de vigilancia en las sociedades en comandita; XI.—Recibir en depósito las acciones de

suscriptores de acciones de sociedades mercantiles al ser organizadas o aumentarse su capital; fr. XII.—Encargarse del pago de obligaciones y cupones, así como de su cancelación y amortización; fr. XIII y XIV.—Representar en las asambleas a los tenedores de acciones y bonos y recibir en depósito acciones de sociedades mercantiles, como requisito para la asistencia a asambleas o para el fiel desempeño de cargos de administración y vigilancia; fr. XV.—Tener y cuidar, a nombre del acreedor, cosas y valores dados en prenda; XVI.—Hacer manifestaciones y pago de cualquiera clase de impuestos a nombre y por cuenta de los respectivos causantes; fr. XVII.—Comprar y vender a comisión toda clase de valores; fr. XVIII.—Estudiar la titulación de bienes inmuebles y dictaminar sobre su legalidad; fracs. XIX y XX.—Formular avalúos y, en general, desempeñar por cuenta ajena todas las demás comisiones que se les confiaren.

El artículo 36 señalaba que los bancos serían responsables de los actos de las personas nombradas en la escritura constitutiva y estatutos para realizar las funciones inherentes a la actividad de los bancos fiduciarios, a su vez estas personas tenían el derecho de delegar en apoderados sus funciones.

Artículos 24 y 30.—La designación de los bancos de fideicomiso para encargarse de la administración de bienes, podía hacerse por testadores, albaceas, herederos, ascendientes en ejercicio de la patria potestad, tutores, depositarios, representantes de ausentes, síndicos, comisiones liquidadoras de concursos y jueces; además las personas ya nombradas en tales cargos quedaban autorizados para delegarlos a favor de los bancos fiduciarios.

Artículos 82 y 84.—Establecían la obligación que tenían los bancos de llevar contabilidades separadas de los diversos departamentos de fideicomiso, ahorro, depósito y descuento, debía ser una contabilidad especial, sin perjuicio de refundir en una contabilidad general todas las operaciones. Enumeraba el orden de preferencia de los créditos a cargo de los bancos de fideicomiso y les prohibía la emisión, por su propia cuenta de bonos al portador o de circulación pública.

Esta ley estuvo vigente muy poco tiempo, pues fue por un lapso de cuatro meses, esto fue la causa por la que no se llevara a cabo ningún negocio de fideicomiso y tal vez debido también a lo novedoso de la institución. En México existió primero el órgano y después la institución, ya que la ley de 1924 creó el órgano o sea a los bancos de fideicomiso y hasta 1926 fue cuando ya apareció la institución del fideicomiso con los caracteres que apuntamos anteriormente.

g) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.—Con esta ley de 31 de

agosto de 1926, empieza la existencia real del fideicomiso en México. Esta ley abrogó la ley de Bancos de Fideicomiso y se limitó a incorporar como parte de su texto el articulado íntegro de aquélla. Hubo que esperar algún tiempo a partir de su entrada en vigor para que se otorgaran los primeros contratos. El primer contrato que se registró por ser sobre bienes inmuebles es de fecha 8 de octubre de 1930 presentado en el Registro Público de la Propiedad el 7 de octubre de 1931 e inscrito el 5 de junio del mismo año (66).

h) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932.—Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de 29 de junio de 1932. En su exposición de motivos decía: "Que la ley de 1926 había introducido en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso y que evidentemente esta institución podía ser de una gran utilidad para la actividad económica del país y estaba destinada a un gran desarrollo; pero que dicha ley no precisaba el carácter sustantivo de la institución y dejaba, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno de ella. Añadía que para que la institución pudiera vivir y prosperar en nuestro medio se requería en primer término una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo esta definición, materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúan como fiduciarias. Esta ley sólo autorizaba la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario fuera una institución especialmente sujeta a la vigilancia del estado y mantenía todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra nuestra tradición jurídica, el fideicomiso diera lugar a substituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal" (67).

i) LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932.—Es hasta la creación de la vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 en la que, el fideicomiso aparece en su calidad de negocio típico, distinto de otros negocios, y es bajo la vigencia de esta ley cuando el fideicomiso alcanza la gran difusión que ha logrado en la práctica bancaria en la opinión del Dr. Raúl Cervantes Ahumada (68). Esta ley recogió de la ley bancaria anterior el capítulo denominado "Del fideicomiso propiamente dicho" y lo reguló en el Capítulo V del título II de las operaciones de crédito (artículo 346 a 359), como institución sustantiva (69).

(66).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 109.

(67).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 109.

(68).—Cervantes Ahumada Raúl. "Títulos y Operaciones de Crédito", Editorial Herrero. Méx. D. F. p. 304. 1966 5a. Ed.

(69).—Gutiérrez Moller Emilio. Ob. Cit. p. p. 32,33.

El capítulo "del fideicomiso" de esta primera regulación sustantiva sustraída a la anterior ley bancaria se inspiró casi exclusivamente en las obras de Lepaulle en el artículo (1927 octubre) que tradujo el Lic. Pablo Macedo en la Revista General en el año de 1932, esta ley que marca la segunda etapa, formuló una nueva recepción de la institución anglosajona aclimatada en Francia (70).

La ley de 1932 al decir del Dr. Molina Pasquel (71) superó a la doctrina de Lepaulle, aunque creó grandes problemas por su falta de precisión al definir el fideicomiso que hizo muy difícil el acoplamiento de la institución dentro de los marcos de nuestro derecho. La llamada "afectación" de la ley de 1932 y de Lepaulle es el problema más importante que ha sido superado doctrinariamente pero legalmente no ha sido resuelto, aun cuando la Ley de Instituciones de Crédito de 1941 fue o trató de ser interpretativa de la ley de 1932 al establecer la responsabilidad de los bancos en los fideicomisos traslativos de dominio, todavía hay quienes preguntan si en el fideicomiso se transmite o no la propiedad al fiduciario.

Si tenemos como fuente de nuestra institución a la doctrina y jurisprudencia anglosajona sobre trust la respuesta debe ser en sentido afirmativo, ya que como lo hemos notado anteriormente, desde el origen del trust en Inglaterra nunca se puso en duda que el SETTLOR transmitiera la propiedad al Trustee, puesto que ésta era la esencia y el origen del trust (72).

j) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES 1941.—Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de 31 de mayo de 1942, dicha ley, abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932. En su exposición de motivos declara: que el capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias, apenas si sufre modificaciones, como no sea añadir a la enumeración de sus cometidos algunos que pueden resultar propios de estas instituciones y ciertas normas nuevas por las cuales deben regirse las operaciones de inversión que realice la institución en ejercicio de fideicomiso, mandato o comisión, cuando la naturaleza de éstos o de las instrucciones recibidas no resulten indicaciones suficientemente precisas. Y agregaba que, sin desvirtuar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se ha prescrito la notificación obligatoria a los interesados de las operaciones que se realicen en cumplimiento de sus encargos y de los datos que

(70).—Roberto Molina Pasquel. Evolución del pensamiento jurídico Mexicano en materia de Trust. Revista Bancaria Vol. III No. 3 Mayo-Junio 1955 p. 174.

(71).—Aut. Cit., Ob. cit. p. 174

(72).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 175.

permitan identificar los bienes destinados al fin respectivo, siempre que sea posible o cuando no se haya renunciado a ella, expresamente y con el fin de hacer más real la responsabilidad de estas instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones (73).

3. INFLUENCIA DEL PROYECTO ALFARO EN NUESTRA LEGISLACION

El licenciado Rodolfo Batiza, (74) nos dice que hemos vivido en la creencia de que el fideicomiso mexicano deriva directamente del Trust anglosajón y que este equívoco está reforzado por la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito cuando señala que sólo se admite el fideicomiso expreso rechazando al fideicomiso implícito, lo cual hace pensar en la *EXPRES TRUST E IMPLIED TRUSTS*. Afirma que la realidad es distinta ya que al principio se consideró al Trust como "antecedente mediato" del fideicomiso. De los catorce preceptos que en nuestro derecho vigente reglamentan la institución sustantiva (artículo 346 a 359 de la LGTOC), no hay uno sólo que en forma directa se inspire en principios o doctrinas anglosajonas. El artículo 346 que define al fideicomiso, se inspira totalmente en la idea de "afectación" del Dr. Lepaulle.

Las disposiciones restantes están inspiradas casi totalmente en la obra del jurista panameño Ricardo J. Alfaro. Proyecto de Ley sobre Fideicomiso de 1920, ya sea directamente o por medio de las leyes de 1926. La de Bancos de Fideicomiso y la General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios; esas disposiciones reflejan también en grado menor que el de Alfaro, pero de importancia considerable que aún no se ha reconocido la influencia del proyecto del Lic. Jorge Vera Estañol del año de 1926.

Procede enseguida el Licenciado Batiza (75) a hacer una confrontación para encontrar las identidades y analogías entre el proyecto Alfaro y los ordenamientos mencionados y que a continuación transcribimos: La regla referente a la designación de varios fideicomisarios que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso (Art. 348, Párr. 2°), tiene su origen en el Proyecto Alfaro, Art. II; la forma en que deben expresarse, en ausencia de disposición expresa, la voluntad cuando hay dos o más fideicomisarios, mediante decisiones por mayoría de votos computados por representaciones y no por personas, deriva

(73).—Rodolfo Batiza. *El Fideicomiso Teoría y práctica* Ob. Cit. p. p. 112,113.

(74).—Rodolfo Batiza, "Realidades del Fideicomiso en México", Ob. Cit. p. 263.

(75).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. p. 263,264.

de la Ley de Bancos de Fideicomiso, Art. 20; La facultad del fideicomitente para designar varias instituciones que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso (Art. 350 último Párr.), proviene del Proyecto Alfaro, Art. 120; La declaración en el sentido de que pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, excepto los que sean estrictamente personales de su titular (Art. 351, Párr. 1º), se desprende de la ley de 1926 Art. 13, que a su vez la tomó del proyecto Vera Estañol, Art. 13; la limitación en el ejercicio de acciones y derechos relativos a bienes del fideicomiso, en cuanto se refieran a su fin (Art. 351, Párr. 2º), tiene su fuente en la ley de 1926, Art. 14, que dimana del proyecto Alfaro, Art. 27; el derecho de terceros para pedir la nulidad del fideicomiso constituido en su fraude (Art. 351, último párr.), se inspira en la ley de 1926 Art. 12, infiere, que en este punto arranca del proyecto Vera Estañol, Art. 17; las formas de constitución del fideicomiso por acto entre vivos o por testamento (Art. 352), procede de la ley de 1926, Art. 11, que sigue al proyecto Alfaro, Art. 18; la inscripción del fideicomiso cuyo objeto recaiga en inmuebles, en el Registro Público de la Propiedad (Art. 355), viene de la ley de 1926, Art. 13, Párr. 2º, que la recibió del proyecto Alfaro, Art. 20; los requisitos para que surta efectos el fideicomiso constituido sobre bienes muebles (Art. 354), reproduce el proyecto Vera Estañol, Art. 16; los derechos y acciones de la institución fiduciaria para cumplir el fideicomiso, salvo las normas y limitaciones establecidos, su obligación de cumplirlo conforme al acto constitutivo, casos en que se permite la excusa o renuncia, su obligación de actuar como buen padre de familia, y su responsabilidad por pérdidas y menoscabos culposos (Art. 356), tiene su antecedente en la ley de 1926, Art. 14, que se origina en el proyecto Alfaro, Arts. 25, 29 y 30; la extinción del fideicomiso por la realización de su fin, por hacerse éste imposible, por hacerse imposible la condición suspensiva de que dependa o no verificarse en un plazo de veinte años, por haberse cumplido la condición resolutoria a que quedó sujeto, por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario, y por revocación del fideicomitente (Art. 357, fracs. I, II, IV, V y VI), sigue a la ley de 1926 Art. 18, fracs. I, II, III, IV, V y VI, tomado del proyecto Alfaro, Art. 36, incs. 1º, 2º, 3º y 8º, a excepción de la fracción IV; la aplicación de los bienes en caso de extinción del fideicomiso (Art. 358), emana de la Ley de 1926, Art. 19, a su vez influido por el proyecto Alfaro, Art. 38; la prohibición de fideicomisos secretos y de los que conceden el beneficio a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior (Art. 359, fracs. I y II), proviene, la fracción I, de la Ley de 1926, Art. 8º, que desciende del proyecto Alfaro, Art. 6º y la fracción II, del Art. 8º del mismo.

Con esta exposición ya podemos tener una idea acerca de la influencia recibida por nuestra legislación en materia de fideicomiso a través del proceso evolutivo que ha sufrido en su adaptación.

El concepto de trust del Dr. Lepaulle es muy diferente a la técnica y mentalidad jurídicas anglosajonas. Por lo que se refiere a la construcción del Dr. Alfaro, el trust le sirve como modelo genérico y como meta por alcanzar, en ésta, se encuentra la influencia de la obra codificadora de Dn. Andrés Bello. En lo que respecta al proyecto Vera Estañol, este se inspiró en las Trust Savings Companies norteamericanas y otras influencias recibidas de Alfaro y de la legislación bancaria mexicana, pero no se nota en su obra identificación alguna con las características de las mencionadas compañías americanas (76).

Fuera de la encuesta anterior hay varios preceptos que son de fuente dudosa y son los siguientes: El que establece la validez del fideicomiso aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado (Art. 347), que parece incorporar una de las opiniones del Dr. Lepaulle. Considero yo que este precepto se incluyó en virtud de la mentalidad que en nuestro derecho ha existido con relación con la palabra "fideicomiso" ya que siempre se ha pensado en la sustitución fideicomisaria y en los fideicomisos prohibidos que van en contra del orden público; el que dispone la nulidad del fideicomiso constituido en favor del fiduciario (Art. 348 in fine), consecuencia tal vez de la práctica que siguieron algunas instituciones de garantizar con fideicomiso ante sí mismas, créditos que concedían, o del principio contenido en el proyecto Alfaro de que será separado del cargo de fiduciario el que tuviere intereses personales antagónicos a los del fideicomisario, (Art. 31, inciso 1º); el que determina que pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas con capacidad para hacer la afectación de bienes, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes (Art. 398 in fine), derivado más bien en lo que se refiere a la capacidad, de los principios generales del derecho común, y en lo concerniente a autoridades judiciales o administrativas en calidad de fideicomitentes ha suscitado modalidades de trascendencia dentro del derecho público. El que consagra el derecho del fideicomisario para "reivindicar" los bienes salidos del patrimonio del fideicomiso por actos del fiduciario realizados en su perjuicio, contribución original no muy afortunada del legislador mexicano que ha provocado interpretaciones contradictorias; por último el que prohíbe los fideicomisos con duración mayor de treinta años en beneficio de personas jurídicas que no sean de orden público o instituciones de beneficencia, con la excepción que

(76).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 264.

consigna a favor de museos científicos o artísticos. Tampoco hay nada en estos preceptos que revele influjo especial del derecho anglosajón de Trust (77).

En nuestro derecho únicamente se admite el fideicomiso expreso y que éste esté constituido por testamento o por acto entre vivos (Art. 352); el de beneficencia lato sensu (Art. 359, fr. I) fuera de estas especies, nuestra ley vigente no reconoce ninguna otra. A pesar de ello, han surgido tres clases de fideicomiso, que son los llamados de inversión, de garantía y de administración, esto ha sucedido al margen de la ley aunque ha tenido la sanción oficial de la Comisión Nacional Bancaria (78).

EL FIDEICOMISO DE INVERSION.—Consiste en el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario de conceder préstamos con el fondo creado al efecto, el fin del fideicomiso consiste en el otorgamiento de mutuos con interés, el fideicomiso es irrevocable mientras dure el contrato de mutuo. El fiduciario debe actuar como buen padre de familia, es responsable por las pérdidas o menoscabos, causados a los bienes por su culpa. Enseguida viene el contrato de mutuo, en éste se estipula el plazo, interés y la garantía (79).

FIDEICOMISO DE GARANTIA. — Puede recaer sobre bienes muebles e inmuebles, cuando éste recae sobre inmuebles en forma igual a la de los demás fideicomisos relativos a esta especie de bienes requiere para su celebración el permiso previo de la Sría. de Relaciones Exteriores en los términos del artículo 2º del Reglamento de la Ley Orgánica de la fracción primera del artículo 27 constitucional. Esta variedad ha venido a suplir a la hipoteca y a la prenda haciendo más seguro y sencillo el manejo del crédito; el contrato es traslativo de dominio e irrevocable, mientras que la obligación que garantiza, permanezca insoluble, si la obligación no es cumplida al plazo de vencimiento, el fiduciario tiene derecho a vender el bien que garantiza la obligación de acuerdo con las estipulaciones del acto constitutivo (80).

Esta especie de fideicomiso pugna con nuestro sistema constitucional, ya que convierte al fiduciario en juez al autorizarlo para llevar a cabo la venta del bien dado en garantía, si es que la obligación no es cumplida a su vencimiento, sin llevar a cabo ningún procedimiento en el que se verifique tal circunstancia.

El Lic. Rodolfo Batiza considera que lo que acabamos de expresar

(77).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 264.

(78).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 265.

(79).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 265.

(80).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 265.

es inadmisibles, ya que el fiduciario no resuelve ninguna controversia, sino que, únicamente comprueba una situación de hecho o sea la falta de pago por parte del deudor supuesto previamente convenido por las partes para la ejecución del fideicomiso (81).

Yo no estoy de acuerdo con la afirmación del Lic. Batiza, ya que, si ejemplificamos, en la hipoteca podría suceder lo mismo sólo bastaría con que el acreedor hipotecario comprobara que el deudor no ha cumplido con las estipulaciones del contrato, para que procediera a hacer la venta del bien hipotecado fuera de un procedimiento judicial, por eso creo yo que dicha comprobación del incumplimiento de la obligación del deudor debe hacerla un órgano jurisdiccional y no dejarse al arbitrio de una persona, ya que ésto implica delegar la administración de justicia en una de las partes de un contrato, lo que no debe suceder dentro de un régimen de derecho.

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION.—Es el fideicomiso en virtud del cual se encomiendan bienes al fiduciario generalmente inmuebles para encargarse de vigilar las buenas condiciones de conservación, celebrar contratos de arrendamiento, cobrar rentas, promover juicios de desahucio, pagar impuestos que gravan a la propiedad, etc. Muchos de estos contratos no son estrictamente fideicomisos por no haber una transmisión de bienes al fiduciario (82).

Para estudiar el fideicomiso es necesario excluir todas aquellas funciones o actividades, tales como la emisión de títulos de crédito, el mandato, la tutela, el albaceazgo, la sindicatura, la representación de ausentes e ignorados, la intervención en contratos condicionales, la liquidación de empresas, etc., que no son fideicomiso. La distinción había sido marcada claramente en la exposición de motivos de Ley de Instituciones de Crédito de 1932, al afirmar que la nueva ley destruye toda confusión entre fideicomiso y actos de administración o de representación de terceros, estos últimos autorizados para asegurar a las instituciones fiduciarias un campo de acción más amplio.

El fideicomiso mexicano es una institución de origen bancario, cuyo arraigo y prácticas deben ser resultantes de una complejidad determinada en la vida económica del país, la práctica del fideicomiso no progresará, mientras no exista una especialización, ésta no es una institución misteriosa e incomprensible, sino que es accesible para quienes se propongan conocerla y estudiarla (83).

(81).—Aut. Cit. El Fideicomiso Teoría y Práct. Ob. Cit. p. 134.

(82).—Rodolfo Batiza. Realidades del Fideicomiso en México. Ob. Cit. p. 265.

(83).—Molina Pasquel Roberto. "Evolución del pensamiento jurídico Mexicano en materia de Trust". Ob. Cit. p. 177.

CAPITULO II

1.—DENOMINACION

2.—CONCEPTO LEGAL

- a) Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924
- b) Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926
- c) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932
- d) Proyecto para el Nuevo Código de Comercio
- e) Proyecto de la Asociación de Banqueros

3.—NATURALEZA JURIDICA

- a) Negocio Fiduciario
- b) Declaración Unilateral de Voluntad
- c) Teoría Contractual
- d) El Fideicomiso como contrato con estipulación a favor de Tercero
- e) Opinión Personal.

1.—DENOMINACION

El término "fideicomiso" como equivalente a *trust*, apareció en nuestra legislación por primera vez en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, este término tenía entre nosotros una significación bien arraigada y definida, como lo hace notar el Lic. Toribio Esquivel Obregón en el antiguo derecho "Justiniano", término que siempre va enlazado con la idea de sucesión testamentaria, y se aplica a la herencia o parte de ella, que el testador manda al heredero que transmita a otro (1).

En nuestra legislación civil se trata al fideicomiso de una manera muy somera en lo que respecta a legados y substitutiones permitidas, ya que, dentro de esta connotación queda comprendido aquél, pero si prohíbe los fideicomisos que pugnan con nuestro derecho en lo referente a los bienes de mano muerta, que ha sido duramente combatida por nuestras legislaciones a partir de las leyes de reforma.

Se tiene la idea general de que este vocablo implica confianza en determinada persona para el efecto de encargarle la realización de ciertos actos o administrar bienes en beneficio de otra, aun cuando ésto no se haga por medio de un testamento y se ha usado éste en relación con instituciones bancarias, pero no existe nada de común con su significado en el idioma castellano.

Este es resultado del deseo de castellanizar el término *trust* del idioma jurídico y práctico de los pueblos anglosajones (2).

El Dr. Roberto Molina Pasquel en su artículo publicado en la Revista Bancaria en 1955 "Evolución del pensamiento jurídico mexicano en materia de *trust* y de fideicomiso", nos indica que el responsable indudablemente del uso del término fideicomiso, fue el Dr. Ricardo Alfaro, ya que éste fue el primer autor latinoamericano del siglo que publicó sus trabajos sobre fideicomiso; expresión que fue criticada por el Dr. Raúl Seelig Ruibal, quien propugna en la Revista del Colegio de Abogados de La Habana, una expresión más lógica como la de "Fideicomisión".

(1).—Esquivel Obregón Toribio, "Carácter legal de lo que la ley bancaria llama fideicomiso", en la Revista General de Derecho y Jurisprudencia, Tomo I, México 1930 p. 601.

(2).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 601.

2.—CONCEPTO LEGAL.

A través de la integración legislativa del fideicomiso en México, se han dado varios conceptos de éste, debido a que no tuvo un origen como el trust anglosajón, que se creó a través de una evolución constructiva de siglos, estructuró la institución de acuerdo con las normas elaboradas en un proceso anterior y por la fuerza que tienen los precedentes en el derecho inglés.

El fideicomiso al contrario, es creación legislativa inspirada en una institución extranjera y por lo tanto, en su adaptación incurre en errores, debido a la diferencia entre la institución creada y su inspiradora y a los diferentes sistemas jurídicos en que se desenvuelven.

a) LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1924.—Esta ley únicamente se limitó a decir la forma en que los Bancos de fideicomiso sirven al público principalmente administrando los capitales que se les confían e interviniendo con la representación común de los subscriptores o tenedores de bonos, pero no dio un concepto de la institución, dejando esta tarea a la Ley Especial que habría de expedirse para la regulación de estos bancos.

b) LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926.—La ley especial de que hablaba la de 1924, fue la de junio de 1926, que meses más tarde fue incorporada íntegramente en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 11 de noviembre de 1926. Esta Ley definía al fideicomiso de la siguiente manera: "Como un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario". (Art. 6º).

La primera objeción que se puede hacer a esta definición, en opinión del Lic. Manuel Lizardi Albarrán, (3) es que, "Se haya tomado como género próximo el mandato irrevocable, lo que está en flagrante contradicción con el acto de entregar, por el cual se entiende jurídicamente transmisión de dominio o cesión de titularidad que nunca es efecto del mandato. Por otra parte, la irrevocabilidad del mandato no era posible conforme al Código Civil de 1884, vigente al expedirse la Ley de 1926 y aún hoy no lo es, fuera de los casos previstos en el artículo 2596 del Código Civil y dentro de éstos la revocación sólo da

(3).—Lizardi Albarrán Manuel, "Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso", Tesis México 1945 p. 82 Cap. IV.

lugar a una acción de daños y perjuicios sin alterar la situación jurídica de los bienes objeto de la operación, finalmente basta pensar en los efectos de la muerte o quiebra del mandante o mandatorio sobre el mandato o relacionar con este la inembargabilidad que establecía el artículo 108 para concluir que la construcción no era lógica”.

Los errores en la construcción de la institución son excusables, ya que como lo hemos hecho notar en líneas anteriores, el legislador tuvo dificultades al sortear los escollos naturales de la diferencia de sistemas.

Respecto a esta ley, el doctor Roberto Molina Pasquel manifiesta, que debido a una concepción falta de datos completos, confusa, heterogénea, quizá contradictoria, se estatuyó el fideicomiso como “un mandato irrevocable”, yuxtapuesto a la transmisión de los bienes fideicometidos en favor del fiduciario. Y agrega, que pudiera no haber esa enajenación, pero entonces se debe entender gravada cuando menos, dice la ley, (Art. 12), la cosa fideicometida, en favor del fideicomisario. Es decir, el fiduciario se convertía en apoderado para un negocio en el que el mandante ya no era dueño en virtud de la transmisión. Con respecto a la segunda hipótesis, el gravámen como supletorio de la transmisión, era impreciso e indeterminado, por lo que, el fideicomiso resultaba una institución elástica e imprecisa (4).

Esta ley se apartó de su modelo, el Proyecto Alfaro, ya que esta última hablaba de una transmisión de bienes y se consideraban salidos del patrimonio del fideicomitente o por lo menos gravados.

Otro aspecto es el referente a la capacidad del fiduciario, la circunscribe a los bancos debidamente autorizados para la celebración de tales negocios, en esto se apartó también de su modelo, ya que el Proyecto Alfaro permitía que el desempeño del cargo de fiduciario se encomendara indistintamente a las personas físicas o jurídicas. Conforme al artículo 24 del citado proyecto, podía ser fiduciario una persona natural o una jurídica.

Este afán de encomendar la realización del cargo de fiduciario a las instituciones bancarias debidamente autorizadas únicamente, apareció desde los primeros proyectos de leyes de fideicomiso, creemos que fue con el fin de garantizar a las personas que quisieran celebrar negocios de fideicomiso, la correcta ejecución de éstos por tratarse de una institución novedosa y por lo tanto desconocida.

c) LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932.—La exposición de motivos de esta ley, hace notar la necesidad de elaborar un concepto de fideicomiso mejor al que daba

(4).—Molina Pasquel Roberto, “Evolución del Pensamiento Jurídico Mexicano en materia de Trust y Fideicomiso”, Ob. Cit. p. 174.

la ley de 1926, ésto se debió a la modernización del sistema bancario emprendido en México en el año de 1932, a la cual se vinculaba la reglamentación de los títulos de crédito; dicha exposición indicaba: "que la ley de 1926 no precisaba el carácter sustantivo de la institución por lo que dejaba en torno de ella gran vaguedad de conceptos, y que para que el fideicomiso pudiera vivir y prosperar en nuestro medio requeriase una definición clara de su contenido y de sus efectos". Quedará el fideicomiso concebido, declaraba la exposición de motivos, "como una afectación patrimonial a un fin, precisándose así la naturaleza y los efectos de este instituto que la ley actualmente en vigor concibe obscuramente como un mandato irrevocable".

En su artículo 346 la ley vigente da la siguiente definición de fideicomiso: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". En esta definición está presente el principio de "afectación" del Dr. Lepaulle, lo mismo que en la exposición de motivos; en la ley se habla de "destinar ciertos bienes a un fin determinado", esto implica que se le privó a la institución su efecto titular "translativo de dominio". Esta privación que se le hace a la construcción del Dr. Lepaulle es incompleta, ya que consagra la idea de afectación, pero admite que los derechos del fiduciario al realizar la función del fideicomiso los ejerce como "titular".

La ley de 1932 se adelantó a la variación posterior en el pensamiento de Lepaulle, al desnaturalizar los principios del trust anglosajón, ya que no se ajustó a los principios de éste, el cual tiene como elemento de esencia la transmisión de bienes, sino que francamente los desnaturaliza al afirmar que cada beneficiario no tiene en su patrimonio más que el interés jurídico (5).

Por su parte el Dr. Alfaro opinaba, que el encargo conferido al fiduciario produce otro efecto sin el cual no podría ser ejecutado, el de transmitir los bienes al fiduciario, agrega que es esencia del fideicomiso, e indispensable, que el fideicomitente se aparte de sus bienes y los transmita a la persona en quien deposita su confianza (6).

El concepto de fideicomiso de la legislación actual, ha originado que la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya sustentado diversos criterios, primero negando la transmisión de la titularidad, (7) y en

(5).—Lepaulle, Autor citado por Rodolfo Batiza "El fideicomiso Teoría y Práctica", Ob. Cit. p. p. 118,119.

(6).—Batiza Rodolfo, Ob. Cit. p. p. 117,118.

(7).—Amparo administrativo en revisión, No. 210 de 1937 Secc. 2., Cía. Limitada del Ferrocarril Mexicano, Semanario Judicial de la Federación Tomo III, Vol. 30 p. p. 2317-2325.

otros casos afirmando la transmisión, (8) y en otros amparos en los que ha sustentado el mismo criterio.

Esta definición de la Ley, tuvo que ser modificada en la vía legislativa, pero con muy mala técnica, ya que al aceptar la transmisión de la titularidad, y establecida en la ley, la reglamenta en el artículo referente a la responsabilidad de las instituciones fiduciarias con respecto a su capital en la ley de Instituciones de Crédito, una reforma a esta ley bancaria se refiere a las operaciones del fideicomiso por las que la institución fiduciaria, ejercita como "titular" derechos que le han sido transferidos con encargo de realizar un determinado fin (Art. 45, fr. II, inciso c), L.G.I.C.O.A.).

d) PROYECTO PARA EL NUEVO CODIGO DE COMERCIO.—El artículo 838 define: "Por el fideicomiso, el fideicomitente transmite la titularidad de un derecho al fiduciario, quien queda obligado a utilizarlo para la realización de un fin determinado", el Art. 839 agrega: "Que los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio autónomo, que estará afectado al fin del fideicomiso".

En relación con dichos bienes, sólo podían ejercitarse las acciones y derechos que derivan del fideicomiso y de su ejecución.

El maestro Cervantes Ahumada afirma que los conceptos del proyecto son los mismos que los de la ley Gral. de Títulos y Operaciones de Crédito, pero que en el proyecto contienen una sistemática más adecuada (9).

Con estos elementos, el Dr. Cervantes Ahumada nos da la siguiente definición: "El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario para la realización de un fin determinado" (10).

e) PROYECTO DE LA ASOCIACION DE BANQUEROS DE MEXICO.—Este proyecto define al fideicomiso en su Art. 346, de la siguiente manera: "En el fideicomiso la institución fiduciaria adquiere la titularidad de un derecho que le transmite el fideicomitente, y está obligada a ejercitarlo para la realización de un fin o en interés del fideicomisario". Analizando este artículo, notamos que en esencia es el mismo del proyecto para el nuevo Código de Comercio y a su vez coincide con el artículo 346 de la ley vigente.

En las últimas dos definiciones "Se habla de la titularidad de un derecho" y al respecto el Dr. Cervantes Ahumada dice, que el fidu-

(8).—Amparo Civil en revisión No. 4298 de 1949 Semanario Judicial de la Federación, Tomo CIII Vol. 2 p. p. 1768, 1773.

(9).—Cervantes Ahumada Raúl Ob. Cit. p. 305.

(10).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 305.

ciario es titular, no propietario. Por titularidad se entiende: "La cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica", citando el diccionario de Derecho Privado (11).

3.—NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

Acerca de la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa, existen las más variadas corrientes de opinión, elaboradas por autores que han estudiado intensamente esta materia, desde su aparición en nuestros ordenamientos positivos hasta la actualidad, habiendo discrepancias entre dichos autores en sus concepciones de acuerdo con la idea que han seguido acerca del origen y los antecedentes del fideicomiso.

a) NEGOCIO FIDUCIARIO.—Algunos autores han considerado al fideicomiso, como una variedad de los negocios fiduciarios, entendiéndose al negocio fiduciario "como un negocio complejo, atípico, compuesto de dos negocios típicos cuyos efectos son contradictorios. El primer negocio es real, exteriorizado, efectivamente realizado por las partes, y el segundo negocio, que destruye entre ellas los efectos del primero, es un negocio oculto, que sólo tiene eficacia interna sobre las partes (12).

Entre estos autores se encuentra el Dr. Joaquín Rodríguez y Rodríguez, quien afirma, que el fideicomiso es una variedad de los negocios fiduciarios y que éstos se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo (13).

Para la consecución de un fin determinado las partes eligen una forma jurídica, y los efectos de ésta exceden con pleno conocimiento de las partes, de los exigidos para el fin práctico que se persigue. Y ejemplifica el Dr. Rodríguez, diciendo que cuando se hace un endoso en propiedad de una letra de cambio para el efecto de que una persona pueda cobrar dicho documento, estamos en presencia de un negocio fiduciario, porque el endoso en propiedad da muchas más facultades de las que son estrictamente necesarias para el cobro de la letra de cambio, ya que para esto únicamente sería necesario un endoso en procuración. Otro ejemplo, cuando se inscribe a nombre de un acreedor un bien inmueble con el objeto de darle una garantía estamos tam-

(11).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 306.

(12).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 307.

(13).—Rodríguez y Rodríguez Joaquín, "El fideicomiso, esquema sobre su naturaleza estructura y funcionamiento", en la Revista Jus No. 94 Mayo de 1946 p. p. 345,346.

bién frente a un negocio fiduciario, porque en virtud de la inscripción en el registro, el acreedor aparece como dueño del inmueble para todos los efectos legales y no como titular de un simple derecho de garantía, aspecto que sólo se conserva en las relaciones inter-partes. De este modo se advierte que en los negocios fiduciarios existe un aspecto real, traslativo de dominio, que opera frente a terceros, y un aspecto interno de naturaleza obligatoria, que restringe los alcances de la transmisión anterior pero sólo con efectos entre las partes (14).

Continúa afirmando el Dr. Rodríguez que "el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario, en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación, de carácter obligatorio de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para cuya realización se destinan" (15).

El dueño fiduciario tiene un dominio limitado, pero no deja por eso de ser dominio, es dueño en función del fin que debe cumplir y además es dueño normalmente temporal, las relaciones entre los elementos personales son públicas, ya que los artículos 352, 353 y 354 de la L.G.T.O.C. establecen la publicidad, y además el artículo 359 del mismo ordenamiento, prohíbe los fideicomisos secretos atacándolos de nulidad. En resumen, dice el Dr. Rodríguez que se puede afirmar que el fiduciario es dueño jurídico, pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso o sea que el fiduciario es quien ejerce las facultades dominicales en provecho ajeno (16).

Además del fideicomiso no solamente es un negocio fiduciario, agrega el Dr. Rodríguez, sino que, "es también un negocio indirecto y dice que estos se caracterizan por el empleo de un negocio para la realización de fines obtenidos normalmente por otro". Que los fines del fideicomiso pueden obtenerse por otros negocios reglamentados por la legislación positiva, estos fines pueden ser, la transmisión de bienes para fines de beneficencia, para pago de rentas, para garantía de obligaciones, para administración, etc., y se pueden lograr empleando los negocios reglamentados como son la compraventa, mandato, comisión, prestación de servicios, hipotecas, etc., o sea que la transmisión de dominio que es su base, no persigue los resultados propios de la misma, sino que son otros y cuya determinación depende de la voluntad de las partes (17).

(14).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. p. 345,346.

(15).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 346.

(16).—Aut. Cit. Ob. p. p. 346, 347.

(17).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 347.

Algunos años antes de formular el criterio expuesto, el Dr. Rodríguez y Rodríguez, consideraba que al fideicomiso no se le podía dar la categoría de negocio fiduciario como se le había tratado de concebir tradicionalmente, porque el fiduciario sólo recibe aquellas facultades necesarias para la consecución del fin para el que el fideicomiso se constituye. Y agregaba que el fideicomiso no es un acto jurídico simulado, por que las partes que otorgan un contrato de fideicomiso quieren realmente el resultado, sin que haya acuerdo para hacer discrepar la voluntad real y la declarada, ni propósito de engañar a terceros (18).

Y en el negocio fiduciario se elige por las partes una forma jurídica, cuyos efectos jurídicos les consta que exceden de los exigidos por el fin práctico perseguido.

Esta consideración que acabamos de analizar, la hizo el Dr. Rodríguez seis años antes de elaborar la teoría que expusimos en líneas anteriores, en la que, variando su criterio, termina por establecer que el fideicomiso sí es una variedad de los llamados negocios fiduciarios.

Rodolfo Batiza dice que el fideicomiso, "tampoco representa una especie dentro del género de los negocios fiduciarios, desde el momento en que no consiste en un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí y en que el primero, es real, exteriorizado, jurídicamente obligatorio, en tanto que el segundo sólo tiene eficacia interna entre las partes. Tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura: el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros" (19).

En mi opinión, yo no creo que el fideicomiso sea un negocio indirecto y fiduciario, en virtud de que si analizamos el contenido de los artículos 346 y 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, nos encontramos con que el fin del fideicomiso debe ser lícito y determinado, lo que implica que, no es posible considerar que las partes hayan constituido un fideicomiso con el fin de obtener resultados que excedan de los exigidos por el fin práctico perseguido, ya que la figura jurídica del fideicomiso tiene finalidades específicas, que aunque sean semejantes a las de otras figuras contenidas dentro de nuestros ordenamientos positivos, estas últimas no serían suficientes para alcanzar los fines perseguidos por el fideicomiso, fines que son propios de la institución y son los mismos que las partes quieren, o sea que éstas están

(18).—Rodríguez y Rodríguez Joaquín, "El fideicomiso y la separación en la quiebra", en la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Tomo II Julio-Diciembre 1940 Nos. 7 y 8 p. p. 354, 355.

(19).—Batiza Rodolfo, Ob. Cit. p. 124.

conscientes de que el empleo de la forma del fideicomiso lo hacen para obtener resultados propios de esta institución y que implican el fin práctico deseado.

El negocio fiduciario es atípico, se caracteriza por no estar dirigida la voluntad hacia un negocio de un tipo dado, en cambio, el fideicomiso mexicano es un negocio típico, ésto es, regulado por la ley, por lo tanto no es posible establecer una equiparación (20).

Además, como ya lo anotamos, en el negocio fiduciario existen dos negocios, uno aparente que es real exteriorizado, y otro oculto que destruye al primero, es un negocio que sólo tiene eficacia inter-partes. En cambio el fideicomiso es un negocio unitario en el cual no hay dos negocios, sus efectos son resultantes del acto constitutivo o de la ley, y no de relaciones internas y secretas, las cuales están prohibidas en el fideicomiso, según lo dispone el artículo 359, fr. I de la L.G.T.O.C. (21).

Por otra parte, es característica de los negocios fiduciarios la confianza depositada en el fiduciario, como ya lo hemos visto en el primer capítulo de este trabajo, este elemento confianza fue esencial tanto en la fiducia romana como en los usos ingleses, ya que se dejaba a la Bona Fides del fiduciario el cumplimiento del pacto fiduciario y si éste no se cumplía no había manera de hacerlo cumplir por la fuerza, lo mismo sucedía en los usos ingleses en los que el feoffe contraía una obligación de carácter moral subordinada a su buena fe (22).

El doctor Cervantes Ahumada, citando a Francescheli, (22) dice que el trust anglosajón sí es un negocio fiduciario y agrega que una de las diferencias entre el trust y el fideicomiso, es que éste último ha dejado de ser negocio fiduciario, para convertirse en un negocio legal, típico. En nuestro fideicomiso, se ha institucionalizado la actividad del fiduciario, ya que sólo pueden tener este carácter las sociedades autorizadas por el Gobierno Federal que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y del Banco de México (Art. 2º, fr. VI, L.G.I.C.O.A.), por lo tanto, ya no es necesario el elemento confianza, característico de la fiducia, ya que el legislador ha creado una institución para evitar que a través del fideicomiso se cometieran fraudes por los fiduciarios, y quien constituye un fideicomiso lo hace sin dudar de la seguridad que le brinda la ley.

(20).—Cervantes Ahumada Raúl, Ob. Cit. p. 307.

(21).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 308.

(22).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 308.

Por las consideraciones anteriores, no podemos aceptar la tesis de que el fideicomiso sea un negocio fiduciario, tesis que fue sostenida posteriormente por algunos autores, siguiendo las ideas del doctor Rodríguez, como Lizardi Albarrán, Serrano Trasviña, Barrera Graf y Pintado Rivero (23).

Por otra parte, se había entendido como operaciones de fideicomiso a ciertas funciones y actividades que la ley autorizaba a los bancos de fideicomiso, tales como: La emisión de títulos de crédito, el mandato, la tutela, el albaceazgo, la sindicatura, la representación de ausentes e ignorados, la intervención en contratos condicionales, la liquidación de empresas, etc. Pero es bien sabido que este tipo de actividades, fueron autorizadas para asegurar a las instituciones fiduciarias, un campo de acción más amplio, pero existe una gran diferencia entre estas operaciones y el fideicomiso, y esta distinción fue marcada correctamente desde la exposición de motivos de la Ley de Instituciones de Crédito de 1932, al afirmar que, "la nueva ley destruye toda confusión entre fideicomiso y actos de administración".

b) DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD. — Respecto de la naturaleza jurídica del acto que da origen a la relación fiduciaria, han existido diversos criterios, en el presente inciso estudiaremos la opinión que considera que el fideicomiso nace de un acto unilateral, o sea de la declaración unilateral de la voluntad del constituyente.

Entre otros autores el Dr. Joaquín Rodríguez y Rodríguez, dice al respecto: "Normalmente el fideicomiso se presenta como un acto unilateral, cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto intervivos, o en un testamento. En este caso, su declaración es obligatoria inmediatamente para él, puesto que no puede revocar el fideicomiso, si expresamente no se reservó esa facultad (Art. 357, fr. VI) no puede modificarlo, si no es con el consentimiento del fideicomisario (Art. 45, fr. IV, párr. 3, L.G.I.C.O.A.) y produce efectos frente a terceros por su publicación (Arts. 353 y 354), todo ello independientemente de las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario, que por lo mismo no son manifestaciones de voluntad esenciales para integrar el negocio jurídico. La adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo y la aceptación del cargo, son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomiso, pero no para su perfección jurídica" (24).

(23).—Lizardi Albarrán, Ob. Cit. p. 112, Serrano Trasviña Jorge, "Aportación al Fideicomiso". Tesis México 1950 p. 366, Barrera Graf Jorge, "Los negocios Fiduciarios" Monterrey 1951, Pintado Rivero, "Derechos y obligaciones del fiduciario tesis.

(24).—Rodríguez y Rodríguez Joaquín, "El Fideicomiso, esquema sobre su naturaleza; etc.", Ob. Cit. pp. 347, 348

Esta consideración del Dr. Rodríguez la hace estimando que, es la que predomina, pero más adelante acepta que el fideicomiso también puede nacer por medio de un contrato o negocio plurilateral, pero consideramos que la primera de sus aseveraciones es la más aceptable.

El doctor Roberto Molina Pasquel sostiene también la teoría de que el fideicomiso no es necesariamente un acto consensual, que puede ser y de hecho lo es y viene siéndolo, constituido por declaración unilateral de la voluntad del fideicomitente (25).

El Licenciado Emilio Krieger Vázquez, al estudiar el carácter unilateral o bilateral del negocio, concluye por sostener que el fideicomiso nace de una declaración unilateral de voluntad, que la existencia de tres sujetos, fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, inducen a pensar que se trata de un negocio plurilateral, pero de acuerdo con el Art. 352 de la L. G. T. O. C., el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. En el caso de una disposición testamentaria en la que se cree un fideicomiso, desde ese momento el negocio constitutivo existe y es válido, pero éste naturalmente, sólo producirá efectos a la muerte del testador. Este fideicomiso podrá crearse también por una declaración unilateral de voluntad del fideicomitente hecha no por causa de muerte y sujeta a los requisitos formales. En este caso también nacerá válidamente el negocio. En ambos casos el fideicomitente puede designar al fiduciario o en caso de que no se haya hecho, tal designación le corresponde al fideicomisario y en caso de que éste no exista, al Juez de Primera Instancia del lugar de ubicación de los bienes quien desempeñará la función de suplir la voluntad del fideicomitente.

La voluntad del fideicomitente tiene dos efectos jurídicos directos: es condición para la aplicabilidad de ciertas normas positivas que estructuran y regulan al fideicomiso y crea normas particulares para quienes intervienen en la vida y ejecución del negocio.

Reforzando su argumento indica que la designación de una institución fiduciaria obliga a esta a aceptar el cargo por regla general, salvo que medie una causa grave y ésta debe ser calificada por el juez de primera instancia.

En el caso de la creación de normas que suplan la voluntad del fideicomitente y en el de la obligación del fiduciario de aceptar, se ve el propósito del legislador de evitar que el fideicomiso no se ejecute por la vacancia del órgano fiduciario.

Concluye el Lic. Krieger diciendo que: La aceptación del fiduciario no perfecciona un negocio bilateral, como ocurre por ejemplo con la

(25).—Molina Pasquel Roberto, "Los derechos del fideicomisario" Jus 1946 p. 136.

aceptación del mandatario. El fideicomiso nace con la declaración del fideicomitente de querer crearlo y, la aceptación del fiduciario y del fideicomisario que es posterior, no son condiciones necesarias para su existencia y validez, sino que únicamente servirán para la ejecución del negocio (26).

Por su parte, el doctor Raúl Cervantes Ahumada considera que el acto constitutivo del fideicomiso, es siempre una declaración unilateral de voluntad, y cita el artículo 352 de la Ley de Títulos, que dice: "El fideicomiso puede ser constituido por acto inter vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso", dice que el fideicomiso se puede contener en un contrato, pero que no será el acuerdo de voluntades lo que constituya el fideicomiso, sino que será la única voluntad del fideicomitente la que le dé nacimiento (27).

El señor licenciado José Pintado Rivero, al respecto manifiesta: "Hemos indicado ya que el fideicomiso de acuerdo con nuestra ley, puede nacer en virtud de una declaración unilateral de voluntad a pesar de que la intervención de tres personas en su funcionamiento, pudiera inducirnos a creerlo de manera distinta". (28)

El doctor Ricardo J. Alfaro, quien es uno de los autores que sostienen la teoría que considera al fideicomiso como un contrato, llega a aceptar que el fideicomiso nace por la declaración unilateral de la voluntad del fideicomitente, en un artículo publicado en la revista Jus (29) y al respecto dice lo siguiente:

"Teniendo en cuenta que la causa determinante del trust es la voluntad del constituyente, la tendencia a considerarlo como un acto unilateral, de la naturaleza de un testamento o de una donación es del todo natural en la mentalidad latina. Sin embargo, un trust como el que crea la ley de Luisiana o un fideicomiso como el que concibe la ley panameña, presenta en general las características de un contrato que crea derechos y obligaciones entre las partes que entran en él". Y agrega, que la existencia legal del fideicomiso comienza cuando el fiduciario acepta el encargo, así lo estatuye la ley de Panamá y la de Luisiana.

El criterio contractual que expone el doctor Alfaro, es contradicto-

(26).—Kreiguer Vázquez Emilio "Notas sobre el fideicomiso". Tesis México 1944 p. p. 41-53.

(27).—Cervantes Ahumada Raúl Ob. Cit. p. 305.

(28).—Pintado Rivero José, "Derechos y Obligaciones del Fiduciario". Tesis, México 1952, p. 44

(29).—Alfaro Ricardo J. "El trust en el derecho civil", en la Revista Jus No. 97 Agosto 1946, p. p. 166, 178, 179.

rio con las conclusiones que formula al criticar la definición de trust expreso que da el Restatement of the Law, y que fue adoptada por la ley de Luisiana con algunas variantes y de la cual puede considerarse autor a Scott y que dice así: "El trust es una relación fiduciaria relativa a bienes, que sujeta a la persona que retiene los bienes al deber de equidad de manejarlos a beneficio de otras personas y que surge como resultado de una manifestación de la intención de crearla". (30)

Después de que el doctor Alfaro hace el análisis respectivo de las cuestiones surgidas de esta definición, llega a una y dice:

"Otro defecto que hallo en esta definición es que ella omite por completo la persona del constituyente, que es la fuente, causa y origen del fideicomiso o trust, y sin cuya voluntad éste no puede nacer a la vida del derecho". (31)

La crítica formulada por el doctor Alfaro, hecha por tierra su tesis afirmativa que el fideicomiso es un contrato, al considerar que el fideicomitente es la fuente causa y origen del fideicomiso y que sin la voluntad de éste no puede nacer a la vida del derecho, esta conclusión viene a poner de manifiesto que el fideicomiso nace de la declaración de voluntad del constituyente, y sin ésta, la relación fiduciaria no llegaría a tener existencia jurídica.

c) TEORIA CONTRACTUAL.—A continuación pasamos a examinar las opiniones que estiman que el acto que le da nacimiento a la relación fiduciaria es un contrato.

Entre los autores que sostienen esta tesis está el licenciado Manuel Lizardi Albarrán (32), quien afirma, que es necesario para la existencia del fideicomiso la concurrencia de voluntades o sea la designación de la institución fiduciaria y del fideicomisario ya que, el artículo 350 en su parte final dice: que si no fuere posible la substitución de la institución fiduciaria, por falta de aceptación, renuncia o remoción, "el fideicomiso cesará". Y agrega que "aun en el caso del fideicomiso constituido por testamento, si bien no tiene exactamente la configuración de un contrato, es indispensable una concurrencia de voluntades entre el testador y la institución fiduciaria, pues de lo contrario no es posible su existencia".

Desde luego este punto de vista último no es aceptable porque la declaración de la voluntad del testador, es claro que si concurre con la voluntad del fiduciario, pero esta concurrencia no tiene las caracte-

(30).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 178.

(31).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 179.

(32).—Lizardi Albarrán Manuel, Ob. Cit. p. 139.

rísticas de un contrato, y si este último argumento se hizo con el fin de demostrar el carácter contractual del fideicomiso, no tiene razón de ser puesto que en la misma definición se dice "que si bien no tiene exactamente la configuración de un contrato", etc., pero ésto no quiere decir que el fideicomiso no exista, éste ya existe y la aceptación del fiduciario únicamente servirá para la ejecución del fideicomiso; se podría argumentar además que en caso de que el fideicomitente testador no designare a la institución fiduciaria, el fideicomiso cesaría, pero en este caso el Juez de Primera Instancia del lugar de ubicación de los bienes será el que designe al fiduciario de acuerdo con el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. En otro caso puede ser también el fideicomisario el que nombre a la institución fiduciaria que debe desempeñar el cargo. La expresión de voluntad del fideicomisario o en su caso del Juez se pueden considerar complementarias de la voluntad del fideicomitente testador cuando ésta no ha sido manifestada cabalmente.

Otro de los autores que estiman al fideicomiso como un contrato es el licenciado Rodolfo Batiza, (23) quien afirma, que cuando se conoce la fuentes de un precepto legal y que además ésta ha sido objeto de la interpretación auténtica del legislador, la especulación doctrinaria es ociosa y perjudicial, continúa diciendo, que el artículo 352 de nuestra ley, es copia del artículo 18 del proyecto Alfaro, que disponía: "El fideicomiso puede ser constituido por testamento para que tenga efecto después de la muerte del fideicomitente o por acto entre vivos. "Y que al precisar la naturaleza jurídica de la institución por él construida, el doctor Alfaro manifestaba que según el espíritu del proyecto es ni más ni menos un contrato tripartito cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo deba dar cada una de las partes, que reconocía que se trata de un contrato sui generis diferente a la mayoría de los contratos sinalagmáticos regulados por el Código Civil, además, si la característica esencial de los contratos es el producir entre las partes derechos y obligaciones recíprocos, esa característica no falta en el fideicomiso en el cual surgen derechos y obligaciones entre los elementos de la relación.

Para reforzar su argumento el licenciado Batiza dice que el fideicomiso se encuentra dentro de la categoría de los contratos sinalagmáticos perfectos, en virtud de la existencia de la condición resolutoria tácita, según la cual, conforme al artículo 949 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, que dice: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los

(31).—Batiza Rodolfo, Ob. Cit. p. p. 125, 126, 127, 128.

obligados no cumpliere la que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de los daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible". (34)

Dice, que nuestra legislación positiva consagra esos derechos recíprocos, lo cual confirma la posición que sostiene, ya que el artículo 138 de la ley bancaria establece, que si la institución fiduciaria no rinde cuentas de su gestión al ser requerida, o si es judicialmente declarada culpable de las pérdidas o el menoscabo que sufran los bienes fideicomitidos, el fideicomisario, sus representantes legales, o el fideicomitente (si se reservó tal derecho) podrán pedir su remoción, sin perjuicio de la opción que les concede el artículo 355 de la ley de Títulos para exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso. Y sigue argumentando que conforme al artículo 137 incisos b) y c) de la Ley de Instituciones de Crédito el fiduciario puede renunciar al encargo en caso de que el fideicomitente, sus causahabientes, o el fideicomisario, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a su favor, o si los bienes objeto del fideicomiso no rinden productos suficientes para cubrirlas (35). Agrega que además de que el mismo legislador reconoció indirectamente la naturaleza contractual del fideicomiso, ya que en la Exposición de Motivos de la ley se habla de haberse incluido diversas formas contractuales. (36)

Esta es en síntesis la teoría del licenciado Rodolfo Batiza, a la cual se le pueden formular algunas objeciones. En primer lugar y acerca de su opinión respecto de la concepción del doctor Alfaro al estudiar la naturaleza jurídica del fideicomiso, la cual toma como base el Lic. Batiza, por considerar como modelo de nuestra ley, al proyecto Alfaro, se puede hacer la crítica que hicimos al analizar la crítica formulada por el propio Alfaro, respecto de la definición de trust expreso que da el Restatement of the Law, y en la que concluye por aceptar que el fideicomiso nace de una declaración unilateral de voluntad y que "la persona del constituyente, es la fuente, causa y origen del fideicomiso o trust, y sin cuya voluntad éste no puede nacer a la vida del derecho". (37)

Por otra parte, respecto de la existencia de la condición resolutoria tácita, podemos decir nosotros que aun cuando exista ésta y que al llegar el caso de aplicarla, tendrá por resultado la remoción del fiduciario, de acuerdo con el artículo 137 incisos b) y c) de la misma ley,

(34).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 126.

(35).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 127.

(36).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 128.

(37).—Vid. Supra. p. 55, Cap. II.

y en este caso lo que sucede, es que cesará la ejecución del fideicomiso, pero no su existencia, ya que es posible la substitución del fiduciario.

En lo que se refiere a que en la exposición de motivos de la ley se hablaba de haberse incluido diversas formas contractuales, es posible afirmar, que aun cuando en ésta se estableció la distinción absoluta y clara entre negocios de fideicomiso y otras actividades, no estableció la distinción del carácter de cada una de ellas, y es claro, que si se haya podido hablar de naturaleza contractual de operaciones tales como el mandato, la sindicatura, la liquidación de empresas, que son actividades que sí se pueden considerar dentro de la categoría de los contratos, pero debemos tener presente que estas actividades no son fideicomiso, y que si los bancos de esta clase las desarrollan, es porque la ley quiso asegurar un campo de acción más amplio a estas instituciones.

d) **CONTRATO CON ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO.**—El Lic. Barrera Graf considera al fideicomiso como un contrato, cuando en éste, el fideicomitente y el fideicomisario se reúnen en una misma persona. Y lo cataloga como un contrato con estipulación a favor de tercero cuando concurren en aquél tres personas o sea que fideicomitente y fideicomisario son distintos. El dice que la estipulación a favor de un tercero tiene siempre como fuente un contrato.

Y para fundamentar su criterio afirma: “la posición del fideicomisario se explica plenamente como la de un tercero beneficiario cuyos derechos y obligaciones nacen de un contrato celebrado entre fiduciante y fiduciario, en el cual, aquél es estipulante y éste es promitente”. (38)

Dice además “que ésto nos lleva a rechazar la teoría del negocio plurilateral y a afirmar que en la hipótesis que examinamos de todo fideicomiso inter vivos, en el que fideicomitente y fideicomisario son distintos, existe una relación contractual entre aquél y la institución fiduciaria, en cuya relación se hace una estipulación a favor del fideicomisario o beneficiario. En dicha figura jurídica el fideicomitente es estipulante, el fiduciario será el promitente y el fideicomisario, tercero beneficiario”. (39)

No aceptamos esta tesis por considerar que el fideicomiso no es un contrato y la estipulación a favor de tercero necesariamente tiene como fuente un contrato.

e) **OPINION PERSONAL.**—Por mi parte, yo considero que el fideicomiso es un negocio que nace de una declaración unilateral de voluntad, adhiriéndome a las teorías de los autores que sostienen esta tesis. También estimo que el fideicomiso no puede ser considerado como

(38).—Barrera Graf Jorge, “Estudios de Derecho Mercantil”, Ed. Porrúa 1958. México, p. 360.

(39).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 360.

un negocio fiduciario, por lo que en seguida haremos algunas consideraciones respecto de tales cuestiones.

Como ya lo observamos a través del desarrollo de este capítulo, el fideicomiso no puede ser considerado como una categoría de los llamados negocios fiduciarios, porque como ya lo anotamos anteriormente al exponer las ideas de los maestros Rodríguez y Rodríguez, Cervantes Ahumada y el Lic. Rodolfo Batiza, el negocio fiduciario es un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí, el primero es real exteriorizado y jurídicamente obligatorio en tanto que el segundo sólo tiene eficacia interna inter partes, que destruye los efectos del primero.

Establecido esto podemos afirmar que el fideicomiso no es un negocio simulado, la persona que constituye un fideicomiso lo hace queriendo realmente el resultado y las personas que aceptan la realización y el beneficio de dicho negocio (fiduciario y fideicomisario), o sea que entran en relación con el constituyente no lo hacen con la intención de hacer discrepar la voluntad real y la voluntad declarada.

Respecto de las formas de simulación de los actos jurídicos Ferrara (40) ha distinguido tres.

“La simulación, como hemos advertido ya, presenta distintas formas: o se simula la existencia del negocio, o su naturaleza o las personas de los contratantes.

1º—Las partes se proponen producir la apariencia del acto que no quieren realmente. El acto es inexistente, ficticio, ilusorio. Se tiene sólo una mera apariencia, una vana sombra, un cuerpo sin alma, según la expresión de Baldo. (Simulación absoluta).

2º—Las partes realizan un acto real, aunque distinto de aquél que aparece exteriormente. El acto está escondido, celado, velado. Existe una ocultación de un negocio verdadero bajo una forma mentida. (Simulación relativa).

3º—Las partes realizan un acto real y ponen de manifiesto su naturaleza; sólo quieren engañar acerca de la persona del verdadero contratante. En el negocio figura un sujeto distinto del interesado, un titular fingido, un testafarro. (Interposición).

“De la exposición anterior se deduce que la distinción del negocio fiduciario del simulado en absoluto es sencilla por faltar en éste todo intento jurídico serio, que se contrapone a la realidad y seriedad total de aquél”. (41)

(40).—Ferrara, Autor citado por Joaquín Rodríguez y Rodríguez, “El Fideicomiso y la separación en la quiebra”, Ob. Cit. p. 356.

En tanto que la distinción entre la simulación relativa y el negocio fiduciario es más difícil y complicada.

Ferrara ha intentado establecer la diferencia sobre la base de que en el negocio simulado relativamente existen dos negocios de los cuales el primero sirve para enmascarar al segundo, y en los negocios indirectos (entre los que se encuentran los fiduciarios), no hay ninguna ficción.

Respecto de esta cuestión, Grassetti (42) dice que la diferencia exacta entre la simulación relativa y los negocios fiduciarios descansa en que en la simulación se persigue un fin práctico típico, si bien propio de un negocio distinto del negocio aparente y el fin perseguido en el negocio fiduciario es atípico, la voluntad va dirigida no a un negocio de tipo dado sino que se dirige a un efecto jurídico que es típico de una intención práctica que tienen las partes, todo ésto es sin el propósito de engañar a terceros.

El negocio fiduciario es esencialmente innominado y atípico, porque su finalidad indirecta escapa a cualquier reglamentación y a esquemas preconstruidos, y siempre se acude y ha acudido a él por las limitaciones y la insuficiencia del ordenamiento jurídico.

Nuestro fideicomiso, reglamentado en la L.G.T.O.C. es un negocio unitario que no está compuesto por dos negocios contradictorios entre sí, es nominado y por lo tanto típico, en el cual se establece un fin que es cierto y determinado ya que nuestra legislación prohíbe los fideicomisos secretos.

Por las consideraciones expuestas no podemos aceptar el criterio que sostiene que el fideicomiso es una categoría de los negocios fiduciarios.

En lo que respecta a la naturaleza del acto constitutivo del fideicomiso yo considero que éste nace de una declaración unilateral de voluntad ya que la ley así lo expresa en su artículo 352, que dice que "El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento.

Para que el fideicomiso tenga existencia, basta con la declaración de la voluntad del constituyente, y la aceptación del fiduciario sólo será necesaria para la ejecución del mismo, o sea que en éste se deben distinguir dos fases que son: El nacimiento, y su ejecución, lo que implica que la aceptación del fiduciario no viene a perfeccionar una relación contractual. El fideicomiso es un acto jurídico de carácter unilateral, entendiéndose por acto jurídico unilateral, aquél que consiste en la manifestación de la voluntad de una sola persona, en este caso dicha ma-

(41).—Rodríguez y Rodríguez Joaquín, Ob. Cit. p. 356.

(42).—Grassetti, Autor citado por J. Rodríguez y Rodríguez, Ob. Cit. p. 357.

nifestación es obligatoria inmediatamente para ella y no podrá revocarla si no es que se reservó dicha facultad en el acto constitutivo, produce efectos frente a terceros por su publicación.

Todo ello independientemente de la aceptación del fiduciario y del fideicomisario, las cuales no son manifestaciones de voluntad para integrar el negocio jurídico.

La adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo y la aceptación del cargo son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomiso, pero no para su perfección jurídica. (43)

Con los conceptos vertidos podemos llegar a formar una síntesis diciendo: "El fideicomiso es una operación bancaria que tiene como fuente la declaración unilateral de la voluntad del constituyente, quien extrae de su patrimonio ciertos o todos sus bienes con la intención de realizar un fin lícito y determinado, encomendando la realización de dicho fin a una institución fiduciaria".

(43).—Rodríguez y Rodríguez J. "El fideicomiso esquema sobre su naturaleza estructura y funcionamiento" Ob. Cit. p. p. 347, 348.

CAPITULO III

1. LA RELACION JURIDICA EN EL FIDEICOMISO
 - a) Sujetos que intervienen
 - b) Nacimiento de la relación
 - c) Ejecución
 - d) Extinción
 - e) Efectos

2. LINEAMIENTOS GENERALES QUE REGULAN LAS RELACIONES DE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL FIDEICOMISO
 - a) Requisitos de existencia
 - I.—Consentimiento
 - II.—Objeto
 - b) Requisitos de validez
 - I.—Forma
 - II.—Objeto y fin lícitos

3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO
 - a) Fiduciario
 - b) Fideicomitente
 - c) Fideicomisario

1. LA RELACION JURIDICA EN EL FIDEICOMISO

a) SUJETOS QUE INTERVIENEN.—En la relación jurídica fiduciaria el primer y principal elemento subjetivo es el fideicomitente que lo crea, después un fiduciario que sólo puede ser una institución de crédito y en tercer lugar un fideicomisario que recibe el beneficio o provecho del fideicomiso.

Por regla general se ha considerado que estas tres personas son las partes integrantes del fideicomiso, esta idea es ya tradicional ya que también en el trust intervienen las mismas personas que son: settlor, trustee y el cestui que trust o beneficiary. Existen situaciones en que en una misma persona se pueden conjugar las calidades de fideicomitente y fideicomisario, como también es posible que en cada una de las calidades puedan intervenir varias personas.

En el caso del fideicomitente, aunque la ley sea omisa al respecto, no hay objeción legal alguna en contra de la pluralidad de fideicomitentes, como en el caso de un bien sujeto a copropiedad que se diera en fideicomiso, asimismo es posible que exista pluralidad de fideicomisarios de acuerdo con el artículo 348 de la L.G.T.O.C.

Es posible también que no exista beneficiario determinado pero lo que no puede dejar de existir es el fideicomitente porque éste es la fuente causa y origen del fideicomiso. (1)

FIDEICOMITENTE

El artículo 349 de la Ley dice "sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación, corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen.

De la lectura del precepto anterior se desprende que éste distingue varias categorías de fideicomitentes pueden ser personas físicas y jurídicas, autoridades judiciales y administrativas y las personas que éstas designen.

(1).—Alfaro J. Ricardo Ob. Cit. p. 179.

En lo referente a personas físicas y jurídicas, éstas deben tener la capacidad necesaria para disponer libremente de sus bienes, ya que la transmisión de dominio que el fideicomiso implica, es el ejercicio del derecho de propiedad en un acto de disposición. Por lo que toca a las autoridades que menciona el artículo, el Lic. Rodolfo Batiza, (2) indica que "éste incurre en un error técnico al anunciar los propósitos para los cuales dichas autoridades pueden detentar bienes que, como fideicomitentes, se las autoriza para afectar en fideicomiso. Con la única posible salvedad del caso de la enajenación, todos los demás propósitos, o sea la guarda, conservación, administración, liquidación y el reparto, son jurídicamente insuficientes para permitir la construcción de un fideicomiso, si se tiene en cuenta que para ello es condición indispensable por producir el fideicomiso una transmisión de bienes a favor del fiduciario, que el fideicomitente goce de facultad de disposición".

Dichas autoridades podrán hacer la enajenación de bienes respectiva cuando se trate de autoridades administrativas y que tengan competencia para transmitir bienes propiedad de la Nación, los Estados y Municipios, siempre que dicha enajenación se lleve a a cabo de acuerdo con las formalidades y requisitos legales. Tratándose de autoridades judiciales la situación es muy diferente, porque dichas autoridades únicamente tienen respecto de los bienes, la guarda, conservación, administración, liquidación y reparto, por lo que en estos casos la operación de fideicomiso no queda configurada. (3)

FIDUCIARIO

En el derecho angloamericano se requiere para ser Trustee tener capacidad para adquirir y poseer en propiedad bienes sobre los cuales se constituye el trust, también se requiere capacidad suficiente y conocimientos sobre el mundo de los negocios para realizar su actividad de acuerdo con las instrucciones establecidas en el acto constitutivo, o las recibidas por el beneficiario y además, porque su realización implica tomar decisiones serias. El trustee podía ser invariablemente una persona física o un grupo de personas, esto sucedía cuando dicha institución se apoyaba sobre el concepto del uso pero tal y como lo señala Scott (4) el acontecimiento de más importancia en el campo del trust durante el siglo XIX fue la aparición del trustee institucional, persona moral. En los Estados Unidos fue donde el trustee institucional alcanzó un desarrollo extraordinario.

(2).—Batiza Rodolfo "El Fideicomiso Teoría y Práctica", Ob. Cit. p. 156.

(3).—Lizardi Albarrán Manuel, Ob. Cit. p. 162.

(4).—Scott, Autor citado por Rodolfo Batiza Ob. Cit. p. 50.

En el Proyecto Alfaro, el fiduciario podía ser una persona física o moral indistintamente, según lo establecía el artículo 24 de dicho proyecto.

En México, desde los primeros intentos de adopción legislativa de esta institución se pugnó porque el fiduciario fuese una persona moral y siempre se impuso como requisito de que el cargo de fiduciario lo desempeñara una institución bancaria, autorizada especialmente para tal efecto.

El artículo 350 de la vigente Ley de Títulos y Operaciones de Crédito prescribe: "Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito", y al respecto la mencionada ley en su artículo 2º dice: "Para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito se requerirá concesión del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y del Banco de México".

"Las concesiones que otorgue el Gobierno Federal se referirán a algunos de los siguientes grupos de operaciones de banca y crédito:

Fr. VI.—Las operaciones fiduciarias.

Las concesiones a que se refiere la Ley se podrán otorgar a sociedades con el solo objeto de practicarlas, o a sociedades que se propongan realizar las operaciones relativas a la banca de depósito, a las operaciones financieras, a las de crédito hipotecario, a las de capitalización y a las de ahorro y préstamo para la vivienda familiar. Las autorizaciones son por naturaleza intransmisibles. Las sociedades que naturalmente están autorizadas para realizar operaciones de capitalización y fiduciarias, podrán ser autorizadas para llevar a cabo ambos grupos de operaciones en departamentos por separado.

Las autorizaciones a que hemos hecho referencia, sólo podrán ser concedidas a las sociedades constituidas en la forma de sociedad anónima de capital fijo o variable, de acuerdo con la Ley de Sociedades Mercantiles (Art. 8º L.G.I.C.O.A.), además establece el artículo ciertas reglas de aplicación especial cuando se trate de sociedades que tengan por objeto las operaciones a que se refieren los artículos 2º y 3º y entre ellas la de fideicomiso.

Dichas reglas son las siguientes:

Al constituirse, deberá estar totalmente suscrito y pagado el capital mínimo prescrito por la Ley para cada clase de operaciones a que hayan de dedicarse y cuando el capital social exceda del mínimo, deberá estar pagado cuando menos el 50% del capital suscrito; el capital autorizado en ningún caso será mayor del duplo del capital suscrito (Fr. I); la duración de la Sociedad podrá ser indefinida (Fr. II). El número de sus administradores no podrá ser inferior de cinco y actuarán constituidos en consejo de administración (Fr. V); las asambleas y las juntas

directivas se celebrarán en el domicilio social, el cual deberá estar siempre en territorio de la República (Fr. VI); de sus utilidades separarán cuando menos, un 10% para constituir un fondo de reserva de capital, hasta alcanzar una suma igual al importe del capital pagado (Fr. VII); la disolución y liquidación se regirán por lo dispuesto en la Ley General de Sociedades Mercantiles o, según el caso, por la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, en el concepto de que el cargo de síndico y liquidador corresponderá a alguna institución de crédito autorizada para efectuar operaciones fiduciarias, bajo la vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria (Fr. IX incs. 1 y 2); la escritura constitutiva y cualquier modificación de la misma deberán ser sometidas a la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y podrán ser inscritas en el Registro de Comercio sin precisar de mandamiento judicial (fr. XI). Las instituciones fiduciarias deberán contar con un capital mínimo que determinará la Secretaría de Hacienda al otorgar la autorización correspondiente, según las circunstancias de cada caso, dentro de los límites de \$200,000.00 a \$1,000,000.00 cualquiera que sea la localidad donde quieran operar (Art. 45, Fr. I). Esta uniformidad de capital es de nueva creación ya que en las Leyes anteriores se establecía un mínimo y un máximo según se tratase de la capital de la República o de los Estados.

Las instituciones extranjeras o sus agencias y sucursales no podrán realizar en nuestro país operaciones de fideicomiso. Esta prohibición se estableció desde los primeros proyectos y además era de manera expresa, actualmente dicha prohibición es implícita al decir la ley, que los bancos e instituciones de crédito del extranjero podrán tener en la República establecimientos y oficinas con el carácter de sucursales o agencias, únicamente para efectuar las operaciones de banca a que se refiere la Fr. I del Art. 2º (banca de depósito), ajustándose a los requisitos especiales impuestos por la Ley (Art. 6º).

En lo que respecta al número de fiduciarios, el Art. 350 de la Ley de Títulos párrafo tercero dice: que el fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias, para que, conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, etc., este sistema de plurilaridad de fiduciarios aunque está permitida, no se ha utilizado en la práctica.

FIDEICOMISARIO

El artículo 348 de la L.G.T.O.C. dice, que "pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica. Al referirse a la capacidad este precepto, debe inferirse que no es una capacidad activa la que se

requiere, sino más bien a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la ley, ya que el beneficio del fideicomiso puede ser conferido a favor de incapacitados y aún de no nacidos. (5)

“El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado”. (Art. 347).

En los Estados Unidos, el trust es válido y surte efectos a pesar de que no exista un cestui que trust que reclame directamente su ejecución, como es el caso del trust que tiene por objeto la manutención de animales, o en el caso de que se trate de la construcción de un monumento, este tipo de trusts sin beneficiario determinado que pueda exigir su cumplimiento, se conocen con el nombre de “honorary trusts”. (6)

Indica el licenciado Batiza, que el proyecto Alfaro aun cuando admitió el fideicomiso constituido a favor de los concebidos, no reconoció los fideicomisos en favor de beneficiarios indeterminados, agregando que el sujeto del fideicomiso lo es el fideicomisario porque es en interés de éste por lo que se crea, y no puede constituirse en interés de nadie, sino que tiene que ser constituido a beneficio directo e inmediato de alguien. (7)

En los fideicomisos en los que no se señale beneficiario determinado, éste debe ser determinable e identificable, como en el caso de que se constituya en favor de un orfanatario, no se determina directamente quien es el que va a gozar de dichos beneficios, pero si es susceptible de identificación cuando llegue el momento de hacerse presente dicho beneficio. Los derechos de los beneficiarios indeterminados deben ser deducidos por el Ministerio Público, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 355 párrafo II de la Ley, que le confiere el ejercicio de los derechos correspondientes, a dicha institución, cuando no existe fideicomisario determinado.

En nuestro derecho no pueden coincidir las calidades de fiduciario y fideicomisario, según lo prescribe el último párrafo del artículo 348 de la Ley: “Es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario”. Esta prohibición fue con el fin de evitar la constitución de fideicomisos en garantía, según el cual las instituciones garantizan con fideicomisos ante sí mismas los préstamos que hacen, a pesar de esta prohibición no se han logrado los resultados positivos deseados, de evitar posibles presiones y abusos indebidos contra los fideicomitentes.

En lo que respecta al número de fideicomisarios la Ley prescribe, “El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo en el caso de la fracción II del artículo 359”. (Art. 348, párrafo II).

(5).—Batiza Rodolfo, Ob. Cit. p. 164.

(6).—Scout, Autor citado por Rodolfo Batiza Ob. Cit. p. 162.

(7).—Batiza Rodolfo, Ob. Cit. p. 164.

b) NACIMIENTO DE LA RELACION.—Conociendo a los elementos que intervienen en la relación y los requisitos que éstos deben llenar, pasaremos enseguida a estudiar la forma en que se desenvuelven y la mecánica de la relación jurídica fiduciaria; de acuerdo con la concepción que en el capítulo anterior hemos acatado sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso.

En primer lugar y como lo observamos ya, el fideicomiso nace por la declaración unilateral de la voluntad de fideicomitente, ya que, de acuerdo con la ley, (Art. 352) “El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento”. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso”; así es que basta con que se llenen los requisitos que señala el párrafo II del artículo transcrito, para que la declaración de la voluntad del constituyente se perfeccione y el negocio haga su aparición en el campo jurídico. Además, no es necesario que en el acto constitutivo se haya señalado quien debe desempeñar el cargo de fiduciario, ni tampoco se haya señalado beneficiario (Arts. 347 y 350, Párr. II).

A este primer paso, que es el de la constitución, podemos denominarlo como el nacimiento de la relación jurídica, ya que, para que se pueda llevar a cabo la ejecución del negocio constituido, es necesario la aceptación del cargo de parte del fiduciario, acto en el cual se inicia la relación, en virtud de la transmisión de la titularidad de los bienes objeto del fideicomiso, del fideicomitente al fiduciario; esto es lo que el Licenciado Emilio Gutiérrez Moller, (8) ha denominado, la primera relación, ya que considera que la relación fiduciaria se desarrolla en dos fases que son: primera relación, entre el fideicomitente y el fiduciario, y la segunda relación que se lleva a cabo entre el fiduciario y el fideicomisario.

La forma en que debe hacerse la transmisión de la titularidad de los bienes, será de acuerdo con lo prescrito por la Ley para que ésta surta sus efectos plenos. Al respecto el artículo 353 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, prescribe que “El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro”.

Cuando el fideicomiso se constituye sobre bienes muebles, el artículo 354 dice: “El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles,

(8).—Gutiérrez Moller Emilio. Ob. Cit. p. 37.

surtirá efectos contra terceros desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

“I.—Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor;

“II.—Si se tratare de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor en su caso.

“III.—Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria”.

Esta publicidad resulta de la interpretación a contrario sensu de la fracción I del Art. 359, la cual prohíbe los fideicomisos secretos.

Por lo que respecta a la forma escrita a que se refiere el párrafo segundo del artículo 352, es un requisito esencial para la validez del fideicomiso.

Una vez que los bienes objeto del fideicomiso han salido del patrimonio del fideicomitente, observando las formas establecidas que acabamos de analizar, el fiduciario adquiere la titularidad de dicho patrimonio, por lo tanto, el fideicomitente pierde todo derecho sobre los bienes, salvo los que expresamente se reserve, y los que para él deriven del fideicomiso.

Por otra parte, el fiduciario no tiene realmente las facultades ordinarias de un dueño como son el uso, disfrute, disposición; sólo tiene aquellas facultades que son necesarias para la realización del fin del fideicomiso, de acuerdo con las indicaciones del fideicomitente establecidas en el acto constitutivo, o las derivadas de la ley, y todo acto que realice por encima de las facultades conferidas, puede ser impugnado por el fideicomisario.

Una vez que el fiduciario ha aceptado el cargo y que se haya hecho la transmisión de los bienes y los derechos a su favor de acuerdo con lo prescrito por la Ley, se agota la primera fase de la relación y es cuando surge la segunda, que se establece entre la institución fiduciaria y el fideicomisario o beneficiario.

c) EJECUCION DEL FIDEICOMISO.—Como hemos anotado, el fiduciario no entra en una relación contractual como parte en la creación del fideicomiso, sino que va a desempeñar una actividad profesional, de carácter bancario, como ejecutor de un negocio en el que se le ha señalado como tal, en virtud de reunir los requisitos señalados por la Ley para desempeñar el cargo de fiduciario. El contenido de la actividad que tiene que desempeñar, es manejar los bienes objeto del fideicomiso, con el objeto de realizar el fin señalado en el acto constitutivo, dicho fin debe ser lícito y determinado.

Por naturaleza, el fideicomiso se ejecuta siempre en beneficio de alguien, quien recibe el nombre de fideicomisario. En algunos casos el beneficiario es designado en el acto constitutivo y desde ese momento es determinado, en otros es posible que no se haya designado a éste, pero es susceptible de identificación al momento de hacerse presente el beneficio, en este caso, los derechos que a él le corresponden pueden ser ejercitados por el Ministerio Público (Art. 355, Párr. II, L.G.T.O.C.).

Es en esta segunda fase, cuando el fiduciario entra en relación con el fideicomisario o beneficiario, llevando a cabo la ejecución.

Para el cumplimiento del fideicomiso, la institución fiduciaria tendrá todas las acciones y derechos que se requieran, salvo las limitaciones que se establezcan al efecto al instituirse éste; deberá cumplir el fideicomiso de acuerdo con las estipulaciones que se hayan señalado en el acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar a su cargo, sino por causas graves, las cuales deberán ser calificadas por el juez de primera instancia del lugar de la ubicación de los bienes, y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa. (Art. 356 L.G.T.O.C.).

La actividad que desarrolla el fiduciario, que es de mera ejecución, se desenvuelve de acuerdo con las indicaciones del fideicomitente estatuidas en el acto constitutivo, pero además existen otros lineamientos contenidos en el artículo 45 de la L.G.I.C.O.A., que se refiere a las reglas a las que se debe someter la institución fiduciaria en el desempeño de su actividad.

En la fracción tercera de dicho artículo, se impone a las compañías fiduciarias la obligación de llevar dos tipos de contabilidades, uno que se refiere a la cuenta general de la institución, y otro que llevará la contabilidad especial de cada operación de fideicomiso, mandato, comisión o custodia, en el que se registrarán los incrementos y disminuciones de los bienes que se les confían, debiendo coincidir, la contabilidad general de la institución con la contabilidad especial de cada una de las operaciones. Cada uno de los patrimonios solamente responderá de su responsabilidad derivada del fideicomiso.

La fracción cuarta se refiere a la manera como las instituciones deben desempeñar su cometido, y al respecto dice, que esta actividad la deberán realizar por medio de uno o más funcionarios, dichos funcionarios serán designados por la institución especialmente para tal efecto, y esta responderá directa e ilimitadamente de los actos de aquellos independientemente de la responsabilidad civil o penal en que incurran personalmente. El nombramiento de los mencionados funcionarios, podrá ser vetado por la Comisión Nacional Bancaria, como también podrá hacer la remoción de éstos. Para acreditar la personalidad de los

delegados fiduciarios, bastará con que la fiduciaria otorgue poder general, aunque en el cuerpo del instrumento no se especifique el asunto o negocio en que se ostente la representación.

En la fracción sexta se indica la manera en que se debe actuar cuando el fideicomiso implique adquisición o substitución de bienes y derechos, o inversión de dinero o fondos líquidos, en este caso deberá la institución ajustarse a las indicaciones del fideicomitente, pero en caso de que tales indicaciones no sean precisas o que la fiduciaria pueda actuar discrecionalmente, dicha inversión se realizará en valores, estos valores deben ser de los aprobados por la Comisión Nacional de Valores, o de los emitidos o garantizados por el Gobierno Federal y las Instituciones Nacionales de Crédito. La inversión a que nos hemos referido deberá hacerse con la mayor brevedad posible, y deberá notificarse al beneficiario, dentro del término de cuarenta y ocho horas siguientes a tal acto.

Fracción octava, en ésta se estipula que en caso de que no se le haya fijado una fecha precisa a la fiduciaria, para realizar operaciones de compraventa de títulos o valores o de divisas extranjeras, o mercancías o bienes que sean objeto de mercado regular organizado, éstas se llevarán a cabo dentro de las cuarenta u ocho horas siguientes a aquella en que la operación fue encomendada o de aquella en que se tuvo la disponibilidad de los bienes, en el caso de que en el mercado exista una variación en perjuicio del cliente, la fiduciaria deberá pedir nuevas instrucciones por la vía más rápida, a no ser que resultare imposible o que expresamente se le hubiere dispensado de tal obligación, o cuando a juicio de la institución cualquier demora en la ejecución, pudiera ocasionar mayor perjuicio.

Fracción novena, la institución deberá dar aviso al beneficiario en el término de cuarenta y ocho horas siguientes a la hora en que se realicen, la recepción de rentas, frutos o productos de liquidación que lleve a cabo la institución en el cumplimiento de su cometido. En el caso de que por la naturaleza del fideicomiso o por que expresamente así se hubiere estipulado, deba suprimirse tal notificación, la institución deberá dentro del mismo plazo inscribir la operación con el detalle anteriormente indicado, en un registro especial, foliado y sellado que llevará con carácter rigurosamente secreto.

Fracción décima, esta fracción impone a la fiduciaria la obligación de guardar el secreto fiduciario, con la excepción de dar informes a la Comisión Nacional Bancaria y a las autoridades competentes cuando se trate de juicios promovidos por el fideicomitente y el fideicomisario, por el comitente o mandante en contra de la institución, cons-

tituirá a ésta en responsabilidad civil, por los daños y perjuicios ocasionados, todo esto sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurra.

La fiduciaria tiene además el derecho a que se le remunere por su actividad, porque ésta consiste en una operación mercantil y bancaria o sea la prestación de servicios profesionales. En cuanto al monto de esta remuneración no es posible señalarlo ya que la ley indica: "El Banco de México estará facultado para fijar el máximo de las percepciones que las instituciones reciban como fiduciarias..." (Art. 45 bis L.G.I.-C.O.A.) pero generalmente la remuneración se fija de común acuerdo entre las partes.

Por su parte, el fideicomisario tiene además de los derechos que se le conceden por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso. Respecto a esta acción el Dr. Rodríguez y Rodríguez dice; que no es reivindicación porque: "1º—No se concede al dueño; 2º—Sólo funciona en los casos y en las hipótesis especiales a que se refiere el artículo 355 (perjuicio del beneficiario y mala fe o exceso de facultades del fiduciario); 3º—No persigue la devolución de los bienes en favor del fideicomisario, sino su reintegración al fiduciario.

Agrega que se trata de una acción con fundamento obligacional y con efectos reales. Podría verse en ella una acción reivindicatoria útil" (9).

Continúa diciendo el artículo en su párrafo segundo: "Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso.

En este párrafo encontramos la justificación de la validez del fideicomiso aunque se constituya sin señalar fideicomisario.

El artículo 138 de la L.G.I.C.O.A. establece, que si la institución fiduciaria no rinde cuentas de su gestión al ser requerida, o si es judicialmente declarada culpable de las pérdidas o el menoscabo que sufran los bienes fideicometidos, el fideicomisario, sus representantes legales o el fideicomitente (si se reservó tal derecho), podrán pedir su remoción, sin perjuicio de la opción que les concede el artículo 355 de

(9).—Rodríguez y Rodríguez Joaquín, "El Fideicomiso y la separación en la quiebra", Ob. Cit. p. 358.

la Ley de Títulos, para exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso. Como derecho correlativo del fiduciario el artículo 137 de la mencionada Ley bancaria en sus incisos b) y c) establece: que el fiduciario puede renunciar al cargo en caso de que el fideicomitente, sus causahabientes, o el fideicomisario, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a su favor, o si los bienes objeto del fideicomiso, no rinden productos suficientes para cubrirlas.

En el ejercicio de estos derechos y obligaciones entre el fiduciario y el fideicomisario, se desenvuelve la relación en su segunda fase. El deber de ejecución dura el tiempo por el cual se ha constituido el fideicomiso, se origina después del nacimiento de éste, con la aceptación del fiduciario, pero sólo con éste se extingue (10).

d) EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO. — Al respecto, la L.G.T. O.C. en su artículo 357 dispone que, el fideicomiso se extingue por las siguientes causas:

Por haberse realizado el fin para el cual fue constituido o por haberse hecho imposible dicho fin, (Fracs. I y II); por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado en el acto constitutivo, o en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución (Fr. III); por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto, (Fr. IV); porque el fideicomitente y el fideicomisario así lo acuerden expresamente, (Fr. V); por revocación hecha por el fideicomitente, en caso de que al constituir el fideicomiso se hubiere reservado tal derecho, (Fr. VI); en el caso del párrafo final del artículo 350, (Fr. VII) y al respecto dicho párrafo dice: Que el fideicomiso cesará en caso de que hubiere remoción del fiduciario, renuncia, o no acepte el cargo y que no fuere posible la substitución de éste.

Estas siete causas de extinción que enumera el artículo 357, salvo la última, están tomadas del proyecto Alfaro, a través de las leyes de 1926; estas causales no tienen carácter limitativo, ya que en nuestra ley, se omitieron algunas causales de dicho proyecto y que por su propia naturaleza extinguen la relación, aunque no estén expresamente consignadas en la ley. Dichas causales son las relativas a la destrucción de la cosa, la renuncia del fideicomisario y la resolución del derecho del fideicomitente sobre la cosa.

Algunas causas de extinción tienen su origen en actos de las partes o de una de ellas, y otras derivan de actos que son ajenos a éstas (11).

(10).—Krieger Vázquez Emilio "Notas sobre el Fideicomiso", Oct. Cit. p. 77.

(11).—Batiza Rodolfo, Ob. Cit. p. p. 357, 358.

c) EFECTOS DE LA TERMINACION DEL FIDEICOMISO.—

En el artículo 358 de la Ley de Títulos, se establece que una vez que el fideicomiso se haya extinguido, los bienes objeto de éste que queden en poder de la institución fiduciaria, serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos.

En la Ley de 1926, la cual estuvo influenciada por el proyecto Alfaro, se establecía que extinguido el fideicomiso, el banco daría a los bienes fideicometidos la aplicación que se hubiere señalado en el acto constitutivo, y á falta de esta los devolvería al fideicomitente o a quien sus derechos representare, (Art. 19). El proyecto de la Asociación de Banqueros, reproduce lo prescrito por la ley vigente (Art. 369), y el del Código de Comercio establece un precepto semejante al de la Ley de 1926.

Para que la reversión de los bienes surta sus efectos, es necesario hacer la cancelación de la inscripción de los bienes a favor del fiduciario. La fuente de este precepto es el artículo 22 del Proyecto Vera Estañol, y al respecto dicho precepto decía: En el caso de que en virtud del fideicomiso se enajenen bienes inmuebles a la compañía fiduciaria, y estos bienes deban volver a sus primitivos dueños, porque no se verifique la condición del contrato o por cualquiera otra causa, no será necesario que la fiduciaria otorgue escritura a favor del primitivo dueño, sino que bastará hacer la declaración ante Notario Público de haber cesado el fideicomiso, y tal declaración deberá asentarse en el contrato y presentarse para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

El artículo 358 de nuestra Ley vigente dice: Para que la devolución de los bienes fideicometidos surta efectos, tratándose de inmuebles o de derechos reales sobre ellos constituidos, bastará con que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el Registro de la Propiedad en que aquél hubiere sido inscrito.

El Proyecto de la Asociación de Banqueros incorpora este procedimiento en su artículo 369, y el del Código de Comercio establece que para la reversión bastará con que el fiduciario haga tal declaración, la cual en su caso se inscribirá en el Registro Público correspondiente. (Art. 825).

2.—LINEAMIENTOS GENERALES QUE REGULAN LAS RELACIONES DE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL FIDEICOMISO

a) REQUISITOS DE EXISTENCIA. — I).—CONSENTIMIENTO.—Nuestra ley señala en el artículo 349 "Sólo pueden ser fideico-

mitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes, etc.”, ahora bien, el consentimiento sólo puede prestarse por una persona capaz, pero ¿qué es la capacidad?; “la capacidad jurídica es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones y hacerlos valer por sí mismo”, en esta definición encontramos los dos tipos de capacidad que son: capacidad de goce y capacidad de ejercicio, en el caso que analizamos únicamente nos referiremos a la última.

La capacidad de ejercicio implica la capacidad de dar vida a actos jurídicos, de realizar acciones con efecto jurídico, ya procediendo a la adquisición de un derecho u obligación, ya su transformación o extinción, etc.

Nuestra legislación civil establece que el mayor de edad o sea la persona que ha cumplido veintiún años, tiene la facultad de disponer libremente de su persona o de sus bienes (Arts. 24, 646, 647, C. Civil), estas normas son aplicables tanto al hombre como a la mujer (Art. 2º C. Civil). La capacidad derivada de los artículos anteriores, es la que se requiere para la celebración de actos cuyos efectos sean la afectación de bienes que el fideicomiso implica. Una persona que no reúne los requisitos señalados por los preceptos enunciados, no podrá celebrar ningún acto jurídico que implique transmisión de bienes, y si lo hace, la declaración de su voluntad no existe, por lo tanto tampoco existirá el acto mismo, por la ausencia total de consentimiento.

El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, preceptúa el Código Civil, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción y esa inexistencia puede invocarse por todo interesado (Art. 2224 C.C.).

Lo que hemos visto hasta aquí, podemos decir, es una situación general del mayor de edad, a la cual debemos asimilar la especial del menor emancipado, ya sea por haber contraído matrimonio o por acto de quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, o de quienes deban suplirla (Arts. 641, 642 C.C.). Pero su capacidad jurídica, sin embargo, no es idéntica a la del mayor de edad, ya que aun cuando tiene la libre administración de sus bienes, necesita siempre durante su menor edad de la autorización judicial para la enajenación gravamen o hipoteca de bienes raíces, o de un tutor para los negocios judiciales (Art. 643, Fracs. II y III).

De acuerdo con lo que dispone el artículo 23 del Código Civil, es posible que los incapacitados ejerzan derechos y contraigan obligaciones por medio de sus representantes, a pesar del texto terminante del ar-

título 349 de la Ley de Títulos (12). Por lo tanto, se puede afirmar, que tanto las personas que ejerzan la patria potestad, tratándose de menores, como los tutores en caso de los demás incapacitados, siempre que se trate de actos en beneficio de unos y otros y de acuerdo con lo dispuesto por la ley, en cuanto a la representación, podrán celebrar fideicomiso.

Los artículos precedentes son aplicables al fideicomiso que se crea por acto entre vivos.

Pasando ahora a estudiar la capacidad en lo que respecta al fideicomiso testamentario, tenemos que es una situación distinta.

El Código Civil define al testamento como "un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte". (Art. 1295). Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de este derecho (Art. 1305). Están incapacitados para testar: I.—Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres; II.—Los que habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio (Art. 1306). A la última Frac. del artículo anterior, hay una excepción. "Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observen las prescripciones siguientes". (Arts. 1307 a 1312).

En este inciso nos hemos referido únicamente a la capacidad del fideicomitente, ya que la del fiduciario y la del fideicomisario ya fueron estudiadas anteriormente (13).

II.—OBJETO.—El objeto es el segundo requisito de existencia del acto jurídico, ante la ausencia de éste, es imposible la existencia del acto. El patrimonio fideicometido para la realización del fin, es lo que constituye el objeto del fideicomiso. El artículo 351 de la L.G.T.O.C. dice: "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la Ley, sean estrictamente personales de su titular". Por otra parte, siendo la ley de títulos omisa en cuanto a las cualidades de la cosa objeto del fideicomiso, tendremos que recurrir a las disposiciones del derecho común, y al respecto el artículo 1825 del C.C. dice; la cosa objeto del contrato debe. 1º—Existir en la naturaleza; 2º—Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3º—Estar en el comercio. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la Ley.

Las cosas que están fuera del comercio por su naturaleza son las

(12).—Aut. Cit. Ob. Cit. p. 182.

(13).—Vid. Supra P.P. 67, 68, 69.

que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la Ley, las que ésta declara irreducibles a propiedad particular (Arts. 748 y 749 C.C.).

En lo referente a los derechos estrictamente personales del titular, no pueden ser objeto del fideicomiso porque son intransferibles, ya sea por su naturaleza o por mandamiento legal, ejm.: los derivados del patrimonio familiar, el uso, la habitación, etc. Hasta aquí adelantaremos lo referente al objeto, para estudiarlo en el capítulo siguiente de este trabajo, por tratarse dicho capítulo de la propiedad fiduciaria que es el tema central de esta tesis.

b) REQUISITOS DE VALIDEZ. — 1.—FORMA.—El artículo 352 de la Ley de Títulos prescribe, que la constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de la propiedad, lo que implica que se considere al fideicomiso como un acto jurídico formal, el cual deberá ajustarse a los preceptos relativos a la transmisión de derechos y de propiedad. Al respecto el Código Civil dispone: El contrato de compra-venta no requiere para su validez formalidad alguna especial, sino cuando recae sobre un inmueble (Art. 2316); la venta de un inmueble que tenga un valor hasta de cinco mil pesos, podrá hacerse en instrumento privado, que firmarán el vendedor y el comprador ante dos testigos. (Art. 2317); si el valor del inmueble excede de cinco mil pesos, su venta se hará en escritura pública.

Los límites de las cantidades a que hemos hecho referencia, han sido reducidas de cinco mil a quinientos pesos, por la Ley del Notariado del Distrito y Territorios Federales, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 23 de Febrero de 1946 (Arts. 54 y 2º transitorio).

La falta de forma escrita no implica la inexistencia del acto en los términos del Art. 1795 del C.C. (aplicado supletoriamente), el resultado por esta falta de forma es una nulidad relativa susceptible de subsanarse conforme al artículo 1833 del mismo Código.

El Licenciado Lizardi Albarrán, (14) al plantear la cuestión de que si la forma escrita es o no un requisito esencial para la validez del contrato, termina por afirmar, que se está ante un requisito establecido por la Ley no ad solemnitatem, sino ad probationem que se funda en la necesidad de preconstruir pruebas para proteger la buena fe de las partes y facilitar la gestión de la institución fiduciaria.

Por lo que respecta al fideicomiso testamentario, deberá otorgarse

(14).—Lizardi Albarrán Manuel, Ob. Cit. P. 132



de acuerdo con las formalidades que sean propias según se trate de testamento ordinario o especial. El testamento ordinario puede ser: I.—Público abierto; II.—Público cerrado; y, III.—Ológrafo. El especial puede ser: I.—Privado; II.—Militar; III.—Marítimo; y, IV.—Hecho en país extranjero.

Así es que si un fideicomiso se ha constituido en un testamento, dicho testamento deberá reunir los requisitos necesarios y apegarse estrictamente a la forma de testamento de que se trata, en caso de que falte alguna de las solemnidades establecidas para cada tipo de testamento, éste quedará sin efecto, y el Notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, en la pena de la pérdida del oficio (Art. 1520 C.C.). El testamento cerrado que carezca de alguna de las formalidades sobredichas quedará sin efecto, y el Notario será responsable en los términos del artículo 1520 (Art. 1534). El testamento cerrado quedará sin efecto siempre que se encuentre roto el pliego anterior o abierto el que forma la cubierta, o borradas, raspadas, o enmendadas las firmas que lo autorizan, aunque el contenido no sea vicioso. (Art. 1548), Etc.

Si en alguna de las formas de testamento se ha constituido un fideicomiso y si dicho testamento no reúne las formas legales, éste quedará sin efecto y por lo tanto el fideicomiso también.

II.—FIN LICITUD.—Es de la naturaleza de los actos jurídicos el que se realicen para la consecución de un fin, este fin debe ser lícito, ésto es, que no sea contrario a las leyes y las buenas costumbres. El artículo 346 de la L.G.T.O.C., dispone que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado. . .

Dicho fin siempre se establece en el acto constitutivo del fideicomiso para beneficio de una persona llamada fideicomisario, que en algunas ocasiones lo es el mismo fideicomitente.

Pues bien, el fin del fideicomiso debe ser siempre lícito ésto es redundante, ya que toda la actividad jurídica humana debe encaminarse a la realización de actos cuya finalidad sea lícita ya que la ley no puede permitir actos que vayan en contra de la misma ley ni contra las buenas costumbres.

De ahí que, el Código Civil ataque de nulidad a un acto cuando haya ilicitud en su objeto o en su fin (Art. 2225). Tendrá que ser la autoridad judicial la que determine, como intérprete del orden público y de las buenas costumbres que predominen en determinado lugar, y será ella la que resuelva en cada caso si el fin de un fideicomiso está en contradicción con los preceptos de buenas costumbres y orden público.

3.—DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO

Como hemos visto ya en páginas anteriores, de la relación jurídica fiduciaria nacen derechos y obligaciones entre los elementos personales o sujetos, derivados estos, ya de la escritura constitutiva, ya de la ley, en este inciso estudiaremos dichos derechos y obligaciones de cada uno de los sujetos.

a) EL FIDUCIARIO.—Es el sujeto que va a desempeñar una actividad profesional de carácter bancario, ejecutando el fideicomiso de acuerdo con las indicaciones dadas por el fideicomitente al constituirlo, y de acuerdo también con las disposiciones legales respectivas. El contenido de la actividad que tiene que desempeñar es manejar como buen padre de familia, los bienes objeto del fideicomiso para el efecto de realizar el fin señalado en el acto constitutivo, dicho fin debe ser lícito y determinado.

I.—DERECHOS.—La ley de Títulos y Operaciones de Crédito no menciona expresamente cuales son los derechos del fiduciario y únicamente se limita a decir que la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso... (Art. 356, Párr. I) pero a través de la lectura de los diversos artículos de la mencionada ley se van haciendo presentes dichos derechos, los cuales enunciaremos detalladamente en este inciso.

Por otra parte la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares en la fracción XI del artículo 45, dice: "La institución fiduciaria tendrá las facultades que expresamente se hayan consignado conforme a la ley en el acto constitutivo del fideicomiso, mandato o comisión o en sus modificaciones...".

Estos derechos y obligaciones varían de acuerdo con los diversos tipos de fideicomiso que hay y con la variedad de fines que cada uno persigue.

I.—DERECHO DE OPTAR POR LA ACEPTACION O LA NO ACEPTACION DEL CARGO.—No podemos decir que sea una obligación para el fiduciario la aceptación del fideicomiso, porque ésto nos llevaría a aceptar la violación de un derecho individual de carácter constitucional, pero sí podíamos afirmar que dicha aceptación no es discrecional, ya que de acuerdo con la ley, cuando una institución fiduciaria quiera excusarse o renunciar a su encargo, sólo podrá hacerlo por causas graves, estas causas deberán ser calificadas por el Juez de primera instancia del lugar de su domicilio, (Art. 356, L.G.T.O.C.); vemos pues, que aun cuando se ha creado un precepto tendiente a ga-

rantizar la actividad fiduciaria y a darle matices de obligatoriedad, no existe la obligación estricta, cuando se ha comprobado ante el Juez competente la causa grave que le impide aceptar el cargo de fiduciario.

2.—DERECHO DE REALIZAR ACTOS DE DOMINIO. — La institución fiduciaria podrá realizar actos que impliquen la enajenación, la imposición de un gravamen sobre los bienes fideicometidos, el arrendamiento, etc., cuando en el acto constitutivo así se haya establecido, o bien cuando reciba instrucciones complementarias en tal sentido, del fideicomitente o del fideicomisario. Todos estos actos los podrá realizar únicamente en la medida necesaria para la realización del fin previsto.

Respecto a tales operaciones, hay ciertas reglas cuando en el acto constitutivo o en las indicaciones complementarias hay omisiones.

Al efecto, la ley establece que cuando se trate de operaciones de compraventa de títulos y valores o de divisas extranjeras o de bienes o mercancías que sean objeto de mercado regular organizado, y que en el acto constitutivo no se hubiere señalado la fecha en que se debían celebrar dichas operaciones o el tipo de cotización al que hayan de efectuarse, se llevarán a cabo dentro de las cuarenta u ocho horas siguientes a la fecha en que la operación fue encomendada o de aquélla en que se tuvo disponibilidad de los bienes, (Art. 45, fr. VIII, primera parte, L.G.I.C.O.A.). La regla anterior es únicamente para el caso de que al autorizarse dichos actos de enajenación, hubiere habido omisiones secundarias respecto de cómo realizarlas y el tiempo.

Hay otros casos en los que se le otorga a la institución fiduciaria facultad discrecional para determinar la forma en que deben llevarse a cabo dichas operaciones, o cuando las instrucciones del fideicomiso, mandato o comisión, no fueren suficientemente precisas; ya que la institución fiduciaria deberá ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomitente, comitente o mandante, en toda clase de operaciones, que impliquen la adquisición o substitución de bienes o derechos o inversión de dinero o fondos líquidos. En caso de que se dé a la fiduciaria la facultad de determinar discrecionalmente sobre la inversión, ésta deberá hacerse en valores que para tal fin hayan sido aprobados por la Comisión Nacional de Valores, o de los emitidos o garantizados por el Gobierno Federal o las instituciones nacionales de crédito. (Art. 45, fr. VI, L.G.I.C.O.A.).

Como observamos en la disposición que acabamos de analizar, encontramos que la ley prevé la manera de actuar cuando en el acto constitutivo no se haya señalado exactamente la manera en que la fiduciaria debe realizar operaciones que impliquen adquisición de bienes o derechos o inversión de fondos líquidos. Aun cuando exista discrecionalidad,

ésta no es absoluta, ya que la ley complementa la voluntad del fideicomitente cuando ha sido expresada omisamente.

Al estudiar en páginas anteriores la persona del fiduciario, vimos que debe tener la competencia suficiente para manejar el patrimonio conforme a los términos establecidos en el instrumento respectivo o según las instrucciones de los beneficiarios, ya que la ejecución del fideicomiso, puede requerir criterio y decisiones que impliquen conocimiento del mundo de los negocios, para el caso de que llegue el momento de decidir sobre el destino que deba darse a los bienes en beneficio del fideicomisario, y prever el provecho o la pérdida, porque en último caso, la fiduciaria es responsable de los menoscabos o pérdidas que sufra el patrimonio fideicometido por su culpa, de acuerdo con lo dispuesto por el último párrafo del artículo 356 de la Ley de Títulos.

Dentro de estos derechos se encuentra el de arrendar, ésto sólo podrá hacerlo, cuando la naturaleza del fideicomiso y de los bienes lo requieran y además cuando así se haya establecido por el fideicomitente, esta facultad siempre va implícita en los llamados fideicomisos de administración, que son aquellos en virtud de los cuales se encomiendan al fiduciario bienes inmuebles para que se encargue de vigilar las buenas condiciones de conservación, celebrar contratos de arrendamiento, cobrar rentas, promover juicios de desahucio, pagar los diversos impuestos que gravan esta clase de propiedad, etc., aun cuando muchos de estos contratos no son estrictamente fideicomisos, por no haber una transmisión de bienes al fiduciario (15).

A este derecho puede considerarse como un acto de administración, ya que el fiduciario tendrá que procurar celebrar contratos en los que haya un mayor rendimiento para beneficio del fideicomisario. Al respecto, el Proyecto de la Asociación de Banqueros de México dispone, que a falta de indicaciones expresas, la institución fiduciaria se someterá a las siguientes reglas en el ejercicio de sus atribuciones; para arrendar inmuebles y celebrar otros actos de administración análoga, se ajustará a las prácticas usuales en el lugar de ubicación de los bienes, además de que el plazo de los contratos relativos no deberá exceder al del fideicomiso (Art. 362, Párr. segundo, Fr. I) (16).

3.—ACTOS DE ADMINISTRACION.—Uno de los actos de administración es el de arrendar, caso que ya analizamos en el inciso anterior. En el presente veremos la facultad que tiene el fiduciario para llevar a cabo actos encaminados a mantener en buen estado de conser-

(15).—Batiza Rodolfo "Realidades del Fideicomiso en México". Ob. Cit. P. 265

(16).—Batiza Rodolfo "El Fideicomiso Teoría y Práctica" Ob. Cit. P. 265

vación los bienes del patrimonio, estos actos son, las reparaciones y mejoras, el empleo de auxiliares, y la facultad de hacer erogaciones con derecho al reembolso.

En lo que respecta a reparaciones y mejoras, nuestra ley es omisa, pero es incuestionable que los bienes del patrimonio fideicometido deben conservar buen estado para que sea posible el fin al cual están destinados; por lo que es necesario recurrir por analogía a la legislación civil, y al respecto puede llenar la omisión el artículo 565 del Código Civil, al establecer que para todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación ni de reparación, necesita el tutor ser autorizado por el juez. También es necesario ocurrir a otros artículos en lo referente a la clasificación de los gastos; en necesarios, útiles y voluntarios. Son gastos necesarios, los que están previstos por la ley y aquéllos sin los que la cosa se pierde o se desmejora (Art. 817 C.C.); son gastos útiles, aquéllos que sin ser necesarios aumentan el precio o producto de la cosa (Art. 818); son gastos voluntarios, los que sirven sólo al ornato de la cosa o al placer o comodidad del poseedor (Art. 819).

Yo considero que aun cuando no se haya establecido en el acto constitutivo del fideicomiso, este tipo de obligaciones se deben llevar a cabo y hacer los gastos útiles y necesarios para que los bienes conserven buen estado y que no se pierdan o desmejoren, o bien para que aumenten su valor o producto. Los gastos que haga el fiduciario en cumplimiento de sus funciones, deben ser reembolsados, aun cuando la ley es omisa al respecto; se puede aplicar por analogía el Código de Comercio en lo referente al contrato de comisión, en el sentido de que el fideicomitente está obligado a satisfacer al contado al comisionista, mediante cuenta justificada, el importe de sus gastos y desembolsos, con el interés comercial desde el día en que los hubiere hecho. (Art. 305). Los artículos 2577, 2578, 2579 del Código Civil, referentes al mandato, también pueden ser aplicados supletoriamente.

Dichos artículos prescriben: El mandante puede anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiere anticipado, debe reembolsarlas el mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal de que esté exento de culpa el mandatario. El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada a contar desde el día en que se hizo el anticipo (Art. 2577); debe también el mandante indemnizar al mandatario en todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario (Art. 2578); el mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores. (Art. 2579).

Aun cuando hemos tratado de establecer que el fideicomiso no se debe asimilar al mandato como se había establecido en la Ley de 1926, definición que critica el Dr. Molina Pasquel; (17) aplicamos los principios que lo rigen en el Código Civil, en virtud de que la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, es omisa al respecto, lo mismo que la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

En el Proyecto de la Asociación de Banqueros de México, previendo esta situación con más técnica, se ha incluido un artículo en el que se establece que la Institución Fiduciaria tendrá preferencia sobre el patrimonio del fideicomiso, para ser pagada de los gastos del mismo fideicomiso que haya anticipado; además de que podrá negarse a cancelar éste y a devolver los bienes fideicometidos mientras no le sean cubiertos los adeudos (Art. 367). En el Proyecto del Nuevo Código de Comercio, también se ha incluido un artículo similar al anterior; entre las atribuciones del fiduciario, está la de cobrar en preferencia a cualquier otro acreedor, cualquier otro crédito que tuviere contra el patrimonio del fideicomiso, (aparte de sus honorarios) (Art. 815, Fr. IV).

La fiduciaria, puede también emplear personal auxiliar para ejecutar el fideicomiso, este personal no formará parte de la institución, sino que, según los casos, se considerará al servicio del mandante o comitente o del patrimonio dado en fideicomiso. Cualesquier derecho que tuviere este personal conforme a la ley, se ejercerá contra la institución fiduciaria, la cual en cumplimiento de una resolución de la autoridad competente, afectará en la medida que sea necesaria los bienes materia del fideicomiso. (Art. 45, Fr. XIV, L.G.I.C.O.A.).

4.—DERECHO A RETRIBUCION.—En Inglaterra el trustee no tiene derecho a compensación alguna por sus servicios, a no ser que así se disponga en el instrumento y entonces tendrá derecho a tal beneficio, que al respecto la Ley de Trustees de 1925 establece; que cuando el tribunal designe como trustee a una corporación diversa del "trustee público", ya sea aislado o en forma conjunta con otra persona, se le podrá autorizar a fijar una compensación por sus servicios, la cual deberá aprobarse por el tribunal (18).

En los Estados Unidos, el trustee, ya se trate de una persona física o de una persona jurídica, tiene derecho a retribución por sus servicios, aun cuando en el instrumento nada se haya estipulado al respecto. En lo referente a la cuantía de los honorarios existe una regla

(17).—Vid. Supra, P. 45

(18).—Scott, Autor Citado por Rodolfo Batiza Ob. Cit. 271

general, en el sentido de que debe ser razonable, pero no hay un criterio uniforme que determine ésta, de acuerdo con el estado de que se trate (19).

En nuestro país desde que el fideicomiso tuvo sus primeros intentos legislativos, se procuró institucionalizar la actividad del fiduciario, encomendándola a las instituciones bancarias autorizadas para tal efecto, debido esto al afán del legislador de asegurar a los terceros que contraten con dicha institución, la solvencia de la misma y reducir los riesgos y peligros del abuso de las operaciones que se realicen.

Debido a la responsabilidad que implica la ejecución del fideicomiso, nadie estaría dispuesto a hacerse cargo de ésta con sus respectivas responsabilidades, si ello no le reportase alguna compensación o ventaja. Por eso en nuestro derecho se ha considerado a la actividad del fiduciario como un servicio profesional de carácter bancario, y como tal, esta actividad debe ser remunerada.

Al respecto la ley no fija el monto de las percepciones que deberá recibir la fiduciaria, dejando esta tarea al Banco de México, quien estará facultado para fijar el máximo de las percepciones que las instituciones reciban como fiduciarias, comisionistas o mandatarias, así como el de los intereses y otros cargos en las operaciones de crédito a que se refiere el segundo párrafo de la Frac. VI del artículo anterior (Art. 45 bis, L.G.I.C.O.A.). Como no existe al respecto ninguna indicación del Banco de México, es evidente que el monto de los honorarios ha sido fijado por costumbre de común acuerdo entre las partes.

En caso de que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria, será causa grave, por la cual esta podrá renunciar al desempeño de su cargo en un fideicomiso (Art. 137, inciso b), L.G.I.C.O.A.).

II.—OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO.—Correlativamente a los derechos y facultades que tiene el fiduciario, están las obligaciones, las cuales son más variadas que aquéllas y la principal y más general es la realización del fin del fideicomiso, las facultades y derechos, que ya fueron estudiados en el inciso anterior, están subordinadas al cumplimiento de las obligaciones.

1.—OBLIGACION CONTABLE.—Como lo hemos dicho ya, la obligación principal del fiduciario es de carácter general y lleva aparejada una serie de obligaciones que todas en conjunto forman aquélla, y que es la realización del fin del fideicomiso. El fiduciario deberá cum-

(19).—Scott, Autor Citado por Rodolfo Batiza Ob. Cit. P.P. 271, 272

plir el fideicomiso de acuerdo con lo que se haya estipulado en el acto constitutivo, y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa (Art. 356, L.G.T.O.C.).

De acuerdo con el precepto anterior, el fiduciario deberá cumplir su cometido apegándose estrictamente a las indicaciones que se le hayan dado en el acto constitutivo, y a falta de éstas, deberá seguir las que marca la ley para el caso de que la constitución fuere omisa, o ante la imposibilidad de pedir indicaciones al fideicomitente; el incumplimiento de estos lineamientos, da al fideicomisario el derecho de atacar la validez de los actos que el fiduciario cometa en su perjuicio, ya sea de mala fe o en exceso de las facultades conferidas en el acto constitutivo o que de la ley le corresponda (Art. 355, L.G.T.O.C.), además se le confiere al fideicomisario la acción reivindicatoria sobre los bienes que hayan salido del patrimonio a consecuencia de aquellos actos.

Existen además de la obligación principal, una serie de obligaciones derivadas que requieren ser cumplidas por la fiduciaria para la consecución del fin del fideicomiso y que a continuación estudiaremos.

2.—OBLIGACION CONTABLE. — Las instituciones fiduciarias deberán llevar una contabilidad exacta de las operaciones que realicen, con el fin de llevar a cabo la ejecución del fideicomiso de la mejor manera y no incurrir en responsabilidad. Al efecto, la fracción III del artículo 45 de la Ley Bancaria, establece la forma en que debe llevarse dicha contabilidad, imponiéndole a la fiduciaria la obligación de registrar en una contabilidad especial, además de la contabilidad general de la institución, cada una de las operaciones que realice, ya sean de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones por los productos o gastos, debiendo coincidir ambas contabilidades, tanto la general de la institución como las especiales de cada una de las operaciones.

Por otra parte, es causa de remoción de la institución fiduciaria, el no rendir cuentas de su gestión que le sean solicitadas, ya sea por el fideicomisario o por sus representantes legales o a falta de éstos por el Ministerio Público y también por el fideicomitente si así se estableció en el acto constitutivo, dentro del término de quince días. (Art. 138, L.G.I.C.O.A.).

3.—OBLIGACION DE RESPONDER POR LOS ACTOS DE SUS FUNCIONARIOS.—Como hemos visto, las instituciones fiduciarias para el desempeño de sus funciones, pueden ejercitar sus facultades por medio de funcionarios que se designen especialmente para tal

efecto; por lo tanto estas serán responsables directa e ilimitadamente de los actos de aquéllos, independientemente de las responsabilidades civiles o penales en que incurran personalmente. (Art. 45, Fr. IV).

4.—OBLIGACION DE INVERTIR.—Cuando se realicen operaciones que impliquen percepción o disposición de fondos líquidos que no hayan de ser aplicados inmediatamente a un fin determinado, y que respecto de ellos nada se hubiere previsto en el acto constitutivo ni en la ley, la fiduciaria debe invertir dichos fondos en los valores a que se refiere la Frac. VI del artículo 45 de la Ley Bancaria, o sea de los aprobados para este fin por la Comisión Nacional de Valores o de los emitidos o garantizados por el Gobierno Federal o las instituciones nacionales de crédito, procediendo a hacer la notificación a que se refiere la Frac. IX de este artículo; en caso de que la inversión no se efectúe, los fondos deberán permanecer en caja o depositados en cuenta especial en el Banco de México. (Art. 45, Fr. VII).

Quando se trate de operaciones de compraventa de títulos o valores o de divisas extranjeras o de mercancías o de otros bienes que sean objeto de mercado regular, y que no se haya precisado cuándo se deban realizar, o a qué tipo de cotización hayan de efectuarse, deberán llevarse a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha en que dicha operación fue encomendada, o de aquella en que se tuvo disponibilidad de los bienes. En caso de que las condiciones del mercado no permitieren llevarlas a cabo, éstas se realizarían tan pronto como sea posible, en caso de que el mercado hubiere sufrido una variación en perjuicio del cliente, que represente cuando menos el 10%, desde la fecha en que se encomendó la realización, la fiduciaria deberá pedir instrucciones por la vía más rápida, a no ser que resultare imposible de la naturaleza del fideicomiso, o que expresamente se le hubiere relevado de esta obligación, o cuando a juicio de la institución la demora pudiera causar mayor perjuicio. (Art. 45, Fr. VIII).

5.—OBLIGACION DE NOTIFICAR.—La institución fiduciaria deberá notificar al beneficiario dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a aquélla en que se lleven a cabo, de todos los actos que realice y que impliquen percepción de rentas, frutos o productos de liquidación, o de aquellas operaciones de inversión, adquisición o sustitución de bienes, comunicando el detalle necesario para la identificación de los bienes adquiridos. En los casos en que deba suprimirse dicha notificación porque así se haya establecido en el acto constitutivo o por que la naturaleza del fideicomiso no lo permita, deberá inscribirse dentro del mismo plazo la operación con el detalle anteriormente indicado, en un registro especial que llevará la institución foliado y sellado, y que deberá ser de carácter secreto rigurosamente. (Art. 45, Fr. IX).

6.—**OBLIGACIONES DE CARACTER FISCAL.**—Las instituciones fiduciarias están obligadas a retener y pagar los impuestos correspondientes o a verificar la cancelación de timbres en los recibos que se expidan, cuando el impuesto se cause en esa forma, en los casos en que proceda, de acuerdo con las disposiciones fiscales y la Ley del Impuesto sobre la Renta y su reglamento (Art. 45, Fr. XV).

Las instituciones fiduciarias son solidariamente responsables con los causantes con quienes celebran operaciones, de la presentación de las declaraciones del impuesto sobre la renta, así como el pago de los impuestos procedentes, se encomienda a la Comisión Nacional Bancaria, la vigilancia del cumplimiento de dichas obligaciones, como auxiliar de la Dirección del Impuesto sobre la Renta. (Art. 208 Ley del Impuesto sobre la Renta).

Existen otras obligaciones de carácter fiscal derivadas de otras leyes, en las que la fiduciaria será responsable solidariamente con el causante, por la omisión o incumplimiento de tales obligaciones.

7.—**SECRETO PROFESIONAL.**—Como en todas las actividades de carácter profesional, como la de médico, la de abogado, existe la obligación para la fiduciaria de guardar el secreto de las operaciones que realice, porque se trata de una relación confidencial y por lo tanto estrictamente inviolable. Nuestra Ley Bancaria prescribe que la violación del secreto propio de esta clase de operaciones, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante contra la institución o viceversa, constituirá a la institución fiduciaria en responsabilidad civil, por los daños y perjuicios ocasionados sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.

A esta prescripción legal existe una salvedad que es, en el caso de que la Comisión Nacional Bancaria solicite alguna información, la fiduciaria tiene obligación de proporcionar toda clase de datos e informaciones. (Art. 45, Fr. X).

8.—**RESPONSABILIDAD CIVIL.**—La institución fiduciaria, responderá civilmente por los daños y perjuicios causados por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o en la Ley, por la malversación de fondos y de los bienes dados en fideicomiso o de sus frutos o productos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurran los funcionarios de la institución o la de los gerentes, directores o miembros del consejo de administración, que autoricen dichos actos o den lugar a ellos por negligencia grave. Esta responsabilidad recaerá sobre el capital, reservas y beneficios no distribuídos de la institución. (Art. 45, Fr. XII).

9.—OBLIGACION DE DEVOLVER LOS BIENES FIDEICOMETIDOS.—Ya vimos en líneas anteriores, que uno de los efectos de la terminación del fideicomiso, es devolver al fideicomitente o a sus herederos, los bienes que fueron su objeto y que queden en poder de la fiduciaria, en caso de que dichos bienes fueren inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que tal declaración se inscriba en el Registro de la Propiedad en que aquél se hubiere inscrito. (Art. 358, L.G.T.O.C.).

Todo lo hasta aquí expuesto, agota lo referente a los derechos y obligaciones de la Institución Fiduciaria, como ejecutora del fin del fideicomiso, desde el punto de vista de nuestro derecho positivo con respecto a esta materia, lo cual nos servirá para tratar de hacer un estudio acerca de la naturaleza de los derechos que tiene el fiduciario, y que se tratará en el siguiente capítulo.

b) EL FIDEICOMITENTE.—Habiendo considerado al fideicomitente, como la fuente causa y origen del fideicomiso, y siendo éste el propietario titular de los bienes que se dan en fideicomiso, pasaremos en seguida a estudiar sus derechos y obligaciones.

1.—DERECHOS.—En una manera general, los derechos del fideicomitente serán tantos cuantos él se reserve en el acto constitutivo, siempre y cuando esta reserva de derechos no sea incompatible con los derechos mínimos legales del fiduciario y del fideicomisario a tal grado de llegar a desnaturalizar la institución. Al respecto la Ley establece lo siguiente: “Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros”. (Art. 351, Párr. segundo).

Así es que además de que el fideicomitente puede reservarse para sí los derechos que él quiera y que sean compatibles con el fin del fideicomiso, tiene además los derechos que para él derivan del fideicomiso mismo.

Los derechos que derivan para el fideicomitente, del fideicomiso son los beneficios de éste, cuando al constituirse se haya estipulado que el fideicomitente sería el fideicomisario al mismo tiempo, pero en este caso ya no está en la misma situación, sino que ya es beneficiario.

Como lo hemos observado ya en el desarrollo de este trabajo, los bienes fideicometidos salen del patrimonio del fideicomitente para for-

mar un patrimonio autónomo, quedando aquél como un extraño en el negocio por él creado, salvo el caso de que se haya reservado en el acto constitutivo algunos derechos, pero si no sucede así ya no podrá revocar el fideicomiso, ni pedir cuentas al fiduciario, ni darle instrucciones; y estos derechos pertenecerán al fideicomisario o a quienes sus derechos representen, en este caso si el fideicomitente quiere terminar la relación únicamente podrá hacerlo por convenio expreso entre él y el fideicomisario.

Respecto de la situación en que queda el fideicomitente al dar vida a la relación, Lepaulle manifiesta: "...y por otra parte, el settlor, cuando lo hay, pierde normalmente todo poder de control o de vigilancia sobre los bienes que ha puesto en trust: generalmente es como los insectos que mueren después de haber procreado ("De la naturaleza del Trust") (20).

El fideicomitente crea el negocio voluntariamente, es la figura primordial durante su gestación, pero cuando llega el momento de la ejecución, pasa a un modesto segundo lugar y desaparece, de la relación, porque sus derechos son limitadísimos si es que no se reservó algunos, porque en el desenvolvimiento de la relación no tiene ninguna intervención. Esta situación es injusta, puesto que, al crear un fideicomiso lo hace con el interés de lograr un fin y que éste se cumpla, por lo tanto sería justo que la ley le concediera algunos derechos mínimos para el caso de que no se reservara derechos pudiera tener intervención durante el desarrollo de la ejecución, para el efecto de vigilar que el fin por él deseado fuera realmente cumplido (21).

Por otra parte, se dice que uno de los derechos del fideicomitente es el de la reversión de los bienes al extinguirse el fideicomiso; a lo cual el Lic. Krieger Vázquez contesta que este derecho no nace del fideicomiso, sino de su extinción o sea cuando el fideicomiso cesa de producir efectos.

II.—OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE. — 1.—PAGO DE HONORARIOS Y GASTOS DEL FIDUCIARIO. — Como hemos anotado en su oportunidad, el fideicomitente al crear el fideicomiso nombra a la institución fiduciaria que tendrá que desempeñar el cargo, esto sucede generalmente, ya que hay casos en que el nombramiento del fiduciario recae en el fideicomisario o en el Juez de Primera Instancia del lugar de ubicación de los bienes, pues bien, en cualesquiera de los casos expuestos, los honorarios y gastos del fiduciario serán a cargo del patrimonio fideicometido, por lo que, consideramos que es obligación

(20).—Lepaulle, Autor Citado por Rodolfo Batiza Ob. Cit. P. 282

(21).—Krieger Vázquez Emilio Ob. Cit. P. 82

(22).—Aut. Cit. Ob. Cit. P. 94

del fideicomitente, pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria, que subsidiariamente queda a cargo de sus causahabientes o del beneficiario.

En la Ley Bancaria, se ha considerado como causa grave para renunciar al desempeño del cargo de fiduciario, el que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario en su caso, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria (Art. 137, Inc. b, L.G.I.C.O.A.).

También lo expresamos al tratar a la persona del fiduciario, que el fideicomitente está obligado a reembolsar los gastos erogados por el fiduciario en la administración del fideicomiso, en este caso, también serán responsables subsidiariamente de dicha obligación, los causahabientes del fideicomitente o el fideicomisario.

2.—OBLIGACION DE SOSTENER SU DECLARACION.—A este respecto el Licenciado Emilio Gutiérrez Moller (23) ha manifestado que esta obligación es la más importante y la considera como la fuente de todas las demás obligaciones del fideicomitente. Dice que hecha la declaración que constituye el fideicomiso, el fideicomitente no puede retirarla, ya que en virtud de ella ha contraído obligaciones con el fideicomisario y éste adquiere derechos correlativos a dichas obligaciones; esta obligación se extiende también hacia el fiduciario, de aceptar o rechazar el cargo, pero que ésto debe ser dentro del plazo del fideicomiso.

Apoyando su tesis, el Licenciado Gutiérrez cita al Dr. Rojina Villegas en lo que se refiere a la policitación como acto de declaración unilateral de voluntad, y que éste afirma que tal declaración desde el momento en que se hace, origina obligaciones, obligando al oferente a mantener su oferta, a no retirarla antes del plazo y, que, si la retira, dicha retractación es inoperante (24).

En nuestra opinión, estamos de acuerdo con el punto de vista del Licenciado Gutiérrez Moller, ya que como lo hemos observado al estudiar la naturaleza jurídica del fideicomiso, en el capítulo segundo de este trabajo, hemos aceptado que dicho negocio aparece a la vida jurídica, en el momento en que el fideicomitente expresa su voluntad, de querer crear un fideicomiso, por lo tanto, si dicha declaración, de voluntad es la que da nacimiento, esta no puede retirarla el fideicomitente porque de ella han nacido obligaciones para con el fideicomisario y el fiduciario. También aceptamos que la fuente de las demás obligaciones que tiene el fideicomitente se derivan de ésta.

(23).—Gutiérrez Moller Emilio Ob. Cit. P.P. 126, 127

(24).—Rojina Villegas Rafael, Aut. Cit. por Emilio Gutiérrez Moller Ob. Cit. P. 126

El fideicomitente puede tener además otra gran variedad de obligaciones, éstas serán de acuerdo con los derechos que se haya reservado al constituir el negocio, ya que todo derecho en correlativo a una obligación, por lo tanto, el fideicomitente tendrá tantas obligaciones como derechos se haya reservado.

c) **EL FIDEICOMISARIO.**—Este tercer elemento integrante de la relación fiduciaria, es el beneficiario del fideicomiso, el fideicomiso tiene validez aun cuando se haya constituido sin señalar fideicomisario, pero el fiduciario nunca podrá serlo, enseguida pasaremos a estudiar sus derechos y obligaciones ya sean derivadas de la ley o del acto constitutivo.

1.—**DERECHOS.**—De la lectura del artículo 355 de la L.G.T.O.C., se desprenden los derechos del fideicomisario que son: además de los que se les concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria, el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que se le hayan conferido en el acto constitutivo o de las que le correspondan de acuerdo con la Ley; tiene además el derecho de reivindicar los bienes que a consecuencia de dichos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

En caso de que no existiera fideicomisario determinado o cuando éste fuera incapaz, los derechos a que nos hemos referido, serán deducidos por quien ejerza la patria potestad, por el tutor o por el Ministerio Público, según el caso.

Este precepto puede considerarse como la fuente de los derechos y obligaciones que tiene el fideicomisario, como beneficiario del fideicomiso.

1.—**DERECHO DE RECIBIR EL BENEFICIO DEL FIDEICOMISO.**—Este es el principal derecho del fideicomisario, ya que se puede constituir el fideicomiso y ser válido, aun cuando no se haya señalado fideicomisario; pero es necesario que éste sea determinable e identificable cuando el beneficio se haga presente. De este derecho, que es el principal, derivan los demás derechos que son necesarios para lograr que el fin del fideicomiso se cumpla en su beneficio de acuerdo con el acto constitutivo o con la ley.

2.—**DERECHO DE EXIGIR EL CUMPLIMIENTO AL FIDUCIARIO.**—Como ya lo vimos en el inciso que precede, el fideicomisario tiene interés en que el beneficio del fideicomiso se haga presente y que para tal efecto es necesario que el fiduciario cumpla al pie de la letra con las estipulaciones del acto constitutivo y las de la ley, por esto, nuestra

legislación ha dotado al fideicomisario del derecho de exigir el cumplimiento del fideicomiso a la institución fiduciaria, (art. 355 LGTOC.), además le ha concedido ciertas acciones para que dicho cumplimiento sea efectivo, las cuales enumeramos a continuación.

3.—DERECHO DE ATACAR LA VALIDEZ DE LOS ACTOS QUE EL FIDUCIARIO COMETA EN SU PERJUICIO.—Este derecho deriva del artículo 355 de la ley de títulos, y lo consideramos muy importante ya que el fideicomisario tiene el absoluto derecho de vigilar el buen manejo de los bienes fideicometidos, por lo que, cualquier acto que el fiduciario realice, ya sea de mala fé o en exceso de las facultades concedidas en el acto constitutivo, perjudica el patrimonio del beneficiario, y éste, en tal carácter puede impugnar la validez de dichos actos fraudulentos, pidiendo la revocación de ellos por estar viciados de nulidad.

4.—DERECHO DE REIVINDICAR LOS BIENES FIDEICOMETIDOS.—Los bienes fideicometidos, que salen del patrimonio del fideicomiso a consecuencias de los actos del fiduciario a que nos referimos en el inciso anterior, están protegidos legalmente, mediante una acción concedida al beneficiario, a la cual se le puede llamar reivindicatoria aun cuando hay quien considera que no puede dársele tal categoría por no reunir los requisitos que para serlo necesita, ya que según el artículo 4º del Código de Procedimientos Civiles, sólo puede reivindicar quien es propietario, y que, en el caso del fideicomisario, por no serlo, no puede hablarse de acción reivindicatoria. Otros autores como el Doctor Rodríguez y Rodríguez, (25) manifiesta que ésta acción no es de reivindicación, porque no se concede al dueño; porque sólo es operante en caso de que los bienes fideicometidos salgan del patrimonio por actos que el fiduciario realice de mala fé o en exceso de las facultades otorgadas; y porque no persigue la reintegración de los bienes al fideicomisario sino al fiduciario.

Afirma que se trata de una acción con fundamento obligacional y con efectos reales y que puede verse en ella una acción reivindicatoria, útil.

Yo estimo, que aun cuando no tienen todos los matices propios de la acción reivindicatoria regulada por nuestra ley procesal, si puede considerársele como tal, ya que, aun cuando el fideicomisario no es propietario de los bienes fideicometidos, sí tiene un gran interés porque éstos produzcan el beneficio económico del cual es titular, por eso sí puede reivindicar los bienes para reintegrarlos a la masa del fideicomiso y que cumplan su función productora de riqueza en su beneficio.

(25).—Rodríguez y Rodríguez Joaquín, Ob. Cit. P. 358

5.—DERECHO DE PEDIR CUENTAS, EXIGIR RESPONSABILIDAD Y REMOVER AL FIDUCIARIO.—El fideicomitente tiene derecho a exigir cuentas al fiduciario, para estar al tanto del manejo de los bienes, es por eso que la ley le impone la obligación de rendir cuentas, y en caso de que la fiduciaria no cumpla con tal obligación dentro del término de quince días contados a partir desde aquél en que fuere requerida, es procedente su remoción. También será responsable de las pérdidas y menoscabos que los bienes sufran por su culpa cuando haya sido declarada culpable por sentencia ejecutoria, o cuando estas pérdidas o menoscabos sean causados por negligencia grave, en ambos casos también sera procedente su remoción (Art. 138 Pár. I, L.G.I.C.O.A.).

Las acciones para pedir cuentas, exigir responsabilidad del fiduciario y para pedir la remoción, coresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al Ministerio Público. (Art. 138 Pár. II, L.G.I.C.O.A.).

Consideramos que lo que hemos visto hasta aquí, respecto a los derechos de fideicomisario, agota las generalidades, ya que este elemento personal de la relación fiduciaria, puede tener otro tipo de derechos que son los derivados del acto constitutivo del fideicomiso.

II.—OBLIGACIONES.—Respecto de las obligaciones del fideicomisario, haremos referencia a dos que tiene de manera subsidiaria; como beneficiario del fideicomiso, el fideicomisario puede recibir dicho beneficio libre de toda obligación, pero es posible que se le impongan ciertas obligaciones al ser constituido el fideicomiso, las cuales pueden ser de la más variada naturaleza.

1.—OBLIGACION DE PAGAR HONORARIOS.—Como ya lo anotamos esta obligación es de carácter subsidiario, ya que el principal obligado es el fideicomitente, pero en caso de que éste deje de pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria, la obligación pasa subsidiariamente a sus causahabientes o al beneficiario. Al respecto el Inciso b del art. 137 de la ley bancaria establece, que se considerarán causas graves para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su cargo: Que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario, en su caso, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a favor de la fiduciaria.

2.—OBLIGACION DE REEMBOLSAR GASTOS AL FIDUCIARIO.—Al estudiar al fiduciario en páginas anteriores, vimos que tiene derecho a que se le reembolsen las cantidades que haya erogado para la administración del fideicomiso, corriendo esta obligación a cargo del fi-

deicomitente pero en caso de que éste no cubra tales cantidades, la obligación se extiende también subsidiariamente a sus causahabientes y al fideicomisario; pudiendo la fiduciaria retener en prenda los bienes fideicometidos, aplicando análogamente a esta situación, los principios de derecho común relativos al mandato. (Art. 2579 C. Civil).

CAPITULO IV

1. LA LLAMADA PROPIEDAD FIDUCIARIA
 - a) El patrimonio fideicometido
 - b) La traslación de dominio
2. DIVERSAS TEORIAS ACERCA DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA EN EL TRUST
 - a) Concepción de autores anglosajones sobre el dominio en el trust
 - b) Autores latinos I—Lepaulle II.—Franceschelli
3. ADAPTACION DE LOS PRINCIPIOS DEL TRUST EN LOS SISTEMAS LATINOAMERICANOS
 - a) Concepto del Dr. Ricardo J. Alfaro
4. EL TRUST EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO
 - a) Concepto de propiedad en los primeros ordenamientos positivos, sobre fideicomiso I.—Leyes de 1924 y de 1926, II.—Leyes de 1932.
5. DIVERSAS CORRIENTES DE OPINION ACERCA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL FIDEICOMISO MEXICANO
 - a) El fiduciario como dueño jurídico de un patrimonio afectado a un fin.
 - b) El fideicomiso como un nuevo derecho real
 - c) La propiedad en el fideicomiso como un derecho absoluto de ejercicio obligatorio
 - d) El fiduciario como titular de los bienes fideicometidos
6. OPINION PERSONAL
 - a) Concepto de Propiedad en el Derecho Mexicano
 - b) Crítica a las opiniones expuestas
 - c) Conclusión

I. LA LLAMADA PROPIEDAD FIDUCIARIA

a) **EL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO.**—De acuerdo con el artículo 351 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, “pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular...”, dichos bienes pueden ser muebles o inmuebles o bien derechos reales constituidos sobre estos últimos, o bien derechos personales, con la excepción de aquellos que sean personalísimos de su titular ejm., los derechos políticos, y todos aquellos que pueden ser considerados al mismo tiempo como un derecho y un deber, cuales son principalmente, en el ámbito del derecho privado los derechos de familia.

Nuestra ley de Títulos no determina las características que deben reunir los bienes y derechos objeto del fideicomiso, por lo tanto tendremos que recurrir a las disposiciones respectivas del Derecho Civil supletoriamente.

El artículo 1825 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, al respecto, preceptúa lo siguiente: “La cosa objeto del contrato debe: 1º Existir en la naturaleza; 2º Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3º Estar en el comercio. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley. (art. 748 C.C.); Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley. las que ella declara irreductibles a propiedad particular (art. 744. CC.).

b) **LA TRASLACION DE DOMINIO.**—Una vez que hemos determinado la naturaleza de los bienes que pueden ser objeto del fideicomiso, habremos de referirnos a la forma en que estos bienes salen del patrimonio del fideicomitente.

El artículo 352 de la Ley de Títulos demuestra claramente que el fideicomiso implica una traslación de dominio o una cesión de derechos en favor del fiduciario, por lo que el artículo 353 de la misma ley establece, que esta traslación de dominio debe ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad, cuando el objeto del fideicomiso recaiga en bienes muebles; o bien deberá hacerse con las formas de publicidad equivalentes a la inscripción cuando se trate de muebles, estas formas son: la notificación, cuando se trate de un crédito no negociable o de un derecho

personal hecha al deudor; el endoso, cuando se trate de títulos nominativos y en su caso este endoso será con registro; la tradición, cuando se trate de cosa corpórea o de títulos al portador (Art. 354 ley citada).

La traslación de dominio que el fideicomiso implica produce efectos frente a terceros, lo que nos indica que el fiduciario aparece como dueño, criterio éste que fue tan debatido aun en nuestro máximo tribunal y que por último terminó por convencer a los estudiosos de la materia y la Suprema Corte de Justicia lo ha aceptado, habiendo obligado al legislador a hacer una reforma, por cierto que con muy mala técnica. (1)

Este criterio ha dado por resultado, que al fiduciario se le considere "dueño fiduciario", (2) y que el fideicomiso es traslativo de dominio, ya que por virtud de él, el fideicomitente que desprovisto de toda acción o derecho de disposición sobre el bien que es su objeto, y que dichos derechos y acciones se transfieren a la institución fiduciaria para el exacto cumplimiento del fin del fideicomiso.

Este punto de vista fue intuído por el doctor Joaquín Rodríguez y Rodríguez en el año de 1940, (3) quien manifestaba, que la traslación de dominio produce efectos frente a terceros y esto da lugar a considerar al fiduciario como dueño. A este dueño se le considera como tal, pero únicamente en función del fin que debe cumplir, que el carácter de dueño es temporal, y en conclusión dice, que el fiduciario es dueño jurídico pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso.

El criterio expuesto no da lugar a dudas, ya que, si hemos considerado como fuente de nuestro fideicomiso al trust anglosajón y más remotamente al uso inglés, en la doctrina y jurisprudencia de dichas instituciones es indudable que el settlor transmite la propiedad al trustee, y ésta es la esencia y el origen del trust.

El doctor Rodríguez y Rodríguez, (4) al hacer un estudio acerca del fideicomiso y la separación en la quiebra nos expone más ampliamente la mecánica y los efectos que produce la traslación de dominio. Al efecto, al analizar la situación jurídica del fideicomitente en caso de quiebra manifiesta lo siguiente: El fideicomitente al constituir el fideicomiso, pierde todo su poder dominical sobre los bienes que son su objeto, por lo que la masa de quiebra ya no puede intentar la integración de aquéllos por no tener ninguna acción para hacerlo.

(1).—Vid. Supra, P.P. 6 y 7 Cap. II

(2).—Amparo Civil en revisión No. 4298 del año de 1949 Semanario Judicial de la Federación, Tomo CIII, Vol. 2, P.P. 1768-1773

(3).—Rodríguez y Rodríguez Joaquín "El Fideicomiso y la Separación en la Quiebra" Ob. Cit. P. 355.

(4).—Aut. Cit. Ob. Cit. P.P. 357-361

En el caso en el que operaría dicha acción, sería cuando el fideicomiso concluyera drante la quiebra del fideicomitente y sería posible la integración con fundamento en lo dispuesto en el artículo 358 de la L.G.T.O.C.

Aun en el caso de que el fideicomiso fuere revocable, la masa de quiebra del fideicomitente no podría ejercer el derecho de revocación por ser un derecho personalísimo de dicho sujeto.

Con los argumentos que hemos expuesto, queda comprobado el efecto traslativo del fideicomiso, (5) o sea que al constituirse un fideicomiso los bienes o derechos que son su objeto salen de la esfera de poder del propietario o titular para convertirse en un patrimonio autónomo, que también es independiente del patrimonio del fiduciario y éste únicamente tendrá sobre dichos bienes el dominio necesario para el cumplimiento del fin deseado, sus facultades dominicales son limitadas y éstas las ejerce en función del fin y no en beneficio propio ya que dicho beneficio recae sobre el fideicomisario, además el fideicomisario puede impugnar los actos que el fiduciario realice fuera de los límites establecidos en el acto constitutivo; el dominio que tiene el fiduciario es temporal, a lo sumo puede durar treinta años y al extinguirse el fideicomiso, los bienes deben volver al fideicomitente o a sus herederos.

A todo ésto, podemos decir que el régimen normal de propiedad pierde todas sus características y se desnaturaliza, para convertirse en una situación jurídica distinta a la que ha dado en llamársele PROPIEDAD FIDUCIARIA (6) y por lo tanto al titular de este derecho se le ha llamado DUEÑO FIDUCIARIO (7), términos que han dado origen a las más variadas opiniones y controversias, debido ésto a la dificultad que resulta de introducir en el derecho civil de nuestro sistema jurídico, con una sola categoría de normas jurídicas, las cuales tienen como única fuente la legislación y también un solo derecho de propiedad, los conceptos de una institución que se desenvuelve dentro de una dualidad de jurisdicciones que son la "equity" y el "common law", que significa administración de justicia en dos formas: justicia otorgada conforme a las reglas de equidad y la otorgada conforme a las reglas de derecho común, por un solo tribunal en el derecho anglosajón.

El antagonismo existente entre el sistema de derecho codificado y el sistema de derecho consuetudinario, hace surgir el problema, ya que la mentalidad civilista considera imposible la adaptación de una insti-

(5).—Vid. Supra, P. 46, 47

(6).—Alfaro J. Ricardo, "El Trust en el Derecho Civil" en la Revista Jus No. 97. Agosto de 1946 Pág. 160

(7).—Rodríguez y Rodríguez: Joaquín Ob. Cit. P. 355

tución que se desenvuelve en una doble concepción de dominio, mediante la cual el fiduciario es el propietario legal "legal owner" y el beneficiario únicamente tiene un título de equidad "equitable title".

En el inciso siguiente, pasaremos a estudiar las diversas corrientes acerca de la debatida cuestión de la llamada propiedad fiduciaria.

2. DIVERSAS TEORIAS ACERCA DE LA LLAMADA PROPIEDAD FIDUCIARIA EN EL TRUST

a) CONCEPCION DE AUTORES INGLESES DEL DOMINIO EN EL TRUST.—En el derecho anglosajón existen dos corrientes de opinión, una representada por LEWIN, MAITLAND y UNDERHILL; y otra opuesta, representada por STORY, SPENCE y SALMOND.

La primera corriente sostiene que los derechos que tiene el cestui que trust son de carácter personal, y Underhill define al trust, "como una obligación de equidad que impone a una persona el deber de disponer de los bienes sobre los que tiene el control (llamada trust property) en beneficio de otras personas llamadas beneficiarios o cestuis que trust, entre las cuales puede contarse ella misma, pudiendo cualquiera de ellas exigir el cumplimiento de la obligación". (8)

La opinión opuesta, considera que el cestui que trust tiene un derecho real sobre los bienes objeto del trust, estos autores hacen hincapié en que el derecho que tiene el cestui que trust, es un derecho de propiedad, pero que éste coexiste con otro derecho de propiedad sobre la misma cosa. Story define al trust diciendo, "que es un derecho, título o interés en equidad sobre bienes o derechos, distinto de la titularidad en derecho común". (9) Salmond define de una manera más accesible este concepto, que posteriormente sirvió de base a Franceschelli para elaborar su teoría del desdoblamiento de la propiedad, aquel autor dice que la "propiedad fiduciaria es la que tienen dos personas al mismo tiempo, siendo tal relación entre los dos dueños que uno de ellos está obligado a emplear su derecho en beneficio del otro. El primero se llama trustee y su derecho es propiedad fiduciaria; el segundo es llamado beneficiario y su derecho es la propiedad beneficiaria". (10) Se reconocen sobre el mismo patrimonio, un derecho teórico convencional del trustee, y un derecho real y efectivo del beneficiario o cestui que trust, existe una dicotomía en la concepción inglesa del dominio y va ligada a la

(8).—Underhill. Autor citado por Manuel Lizardi Albarrán Ob. Cit. P.P. 59-60

(9).—Story, Autor Cit. por Lizardi Albarrán Ob. Cit. P. 60

(10).—Salmond Aut. Cit. por Lizardi Albarrán Ob. Cit. P. 60

distinción que existe en el derecho anglosajón entre derecho común y equidad.

Scott afirma que el trust es una relación y no se le puede considerar un deber del trustee para con el beneficiario o como un derecho de éste para con el primero, que la existencia de estos deberes y derechos correlativos son parte de la relación; dice que dicha relación es de carácter fiduciario, y que se refiere a la propiedad de bienes. En el trust no sólo existen relaciones personales entre las partes, sino que únicamente puede existir cuando hay un título de propiedad y está a nombre de alguien, quien está obligado a usarlo en beneficio de otra persona y aún cuando el objeto del trust sea un derecho o interés en equidad, caso en el cual no puede hablarse de título legal en el trustee, estando reconocidos dichos derechos o intereses por el ordenamiento positivo, ya sea derecho común o equidad, no existe una diferencia sustancial entre unos y otros. (11)

Los conceptos que hemos expuesto, son extraños a la mentalidad civilista de los países de derecho escrito como ya lo observamos en líneas precedentes, nuestro derecho es unitario, y la equidad no va separada de la justicia; además no existe en nuestro sistema, un equivalente a la equidad tal y como se observa en los países anglosajones, por lo que se considera imposible el injerto en el derecho civil, de la división del dominio del trust anglosajón "propiedad legal" y "título de equidad".

b) AUTORES LATINOS.—Ha habido dos autores latinos que han estudiado el trust, con un sistema más accesible para nosotros, dichos juristas son: el doctor PIERRE LEPAULLE de origen francés y REMO FRANCESHELLI, autor de origen italiano, dichos autores llegan a conclusiones divergentes que enseguida estudiaremos.

1.—LEPAULLE.—El doctor Lepaulle en un artículo publicado en 1927 y traducido en 1932 por el licenciado Pablo Macedo, (12) proponía la siguiente definición de trust: "es una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación".

Posteriormente este autor cambia radicalmente su criterio en su "Traité Theorique et Pratique des Trusts" publicado en 1932, al afirmar que "el trust es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está

(11).—Scott, Aur. Cit. por Lizardi Albarrán Ob. Cit. P. 62

(12).—Lepaulle Pierre, Revista Gral. de Derecho y Jurisprudencia México 1932 Tomo tercero traducción Lic. Pablo Macedo, P. 116.

constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y del orden público”.

El principio de afectación sigue vigente en el último punto de vista, y el cambio está en que mientras en el artículo publicado cinco años antes se preconiza que la afectación de bienes está garantizada por un sujeto de derecho, y que dicho sujeto es el titular del patrimonio; en la segunda sostiene la idea de que dichos derechos patrimoniales, no están más en el patrimonio de nadie. En efecto, si quedan en el patrimonio del settlor, se trataría de un mandato con depósito, si es al patrimonio del cestui que trust, se trataría de una donación o de un legado; tampoco puede estar en el patrimonio del beneficiario, pues en este caso el trustee sería un mandatario, ejecutor testamentario, tutor, administrador, etc. Cada beneficiario no tiene en su patrimonio más que el interés beneficiario. (13)

Para Lepaulle, la característica principal en el trust, es que exista un patrimonio independiente de todo sujeto y que dicho patrimonio esté afectado a la realización de un fin, si la afectación no existiera, fuere imposible o ilícita, el trust no podría existir; el profesor Lepaulle aun cuando no considera al trust como una persona jurídica, le atribuye las características de éstas.

Considera Lepaulle que la naturaleza del trust no debe buscarse en los derechos que corresponden al trustee o al cestui que trust, o en una relación jurídica trustee-cestui-settlor, porque no puede definirse la esencia de una institución como una serie de relaciones entre tres personas cuando ninguna de las tres es esencial para su existencia. Dice que no puede considerarse al trust como un derecho de crédito.

Por otra parte, manifiesta: ¿cómo es posible que el derecho del cestui sea en su esencia un derecho real, cuando la “res” puede ser un derecho personal? un derecho real sobre un derecho personal ¡qué logomaquia! Dice también: ¿cómo es posible hablar de un derecho real del cestui? si hay trusts en los que no existe dicho sujeto, por ejemplo un trust en el que los bienes se destinan a decir misas o para cuidar perros etc., dichas teorías en lugar de desentrañar la naturaleza del trust, complican más la situación sin llegar a ningún resultado positivo. (14)

El licenciado Manuel Lizardi Albarrán dice que la objeción que puede hacerse a la teoría de Lepaulle es que no llega a demostrar que en el derecho inglés existan derechos sin sujeto. (15)

(13).—Lepaulle Pierre, Aut. Cit. por Rodolfo Batiza “El Fideicomiso Teoría y Práctica” Ob. Cit. P.P. 117, 118

(14).—Lepaulle Pierre, Aut. Cit. por Rodolfo Batiza Ob. Cit. P. 82

(15).—Lizardi Albarrán Ob. Cit. P. 67

II.—FRANCESCHELLI.—Est autor al estudiar el trust considera que en dicha figura hay un desdoblamiento de la propiedad originaria, en dos nuevos derechos de propiedad contemporáneos investidos en sujetos diversos y que tienen el mismo objeto. Las ideas de este autor están influenciadas por las de Salmond, quien dice que el trust es un curioso ejemplo de doble propiedad, siempre que se cree un trust, sea cual fuere su causa, el objeto de éste se escinde en dos partes: trust ownership y beneficial ownership, cada uno de estos derechos está atribuido a cada uno de los sujetos que son el trustee y el cestui.

Volvemos a repetir el concepto dado por Salmond acerca del trust: “propiedad fiduciaria es la que tienen dos personas al mismo tiempo, siendo tal relación entre los dos propietarios que uno de ellos está bajo la obligación de usar su dominio para beneficio del otro”. (16)

Después de estudiar Franceschelli al autor de la definición precedente, propone la siguiente definición: “El trust es una relación fiduciaria derivada de la voluntad privada o de la ley, en virtud de la cual el que tiene (fiduciario trustee), sobre determinados bienes o derechos la propiedad formal (trust ownership, legal estate) o la titularidad está obligado, por efecto de la propiedad substancial (beneficiary ownership, equitable estate) que no tiene, a custodiarlos y o a administrarlos, y en cualquier caso, a servirse de ellos para provecho de uno o más beneficiarios, entre los cuales puede estar también él comprendido, o de un fin”. (17)

El desdoblamiento de la propiedad en el sistema anglosajón, es factible por las características especiales que reviste su jurisdicción, con normas diferentes derivadas de fuentes diversas que son: los tribunales del Common Law y la Cancillería, que a partir de las leyes de 1873 y 1875 se confió a un solo tribunal, la administración de justicia en sus dos formas; conforme a las reglas de la equidad y conforme a las de derecho común.

En resumen, estas son las ideas de Lepaulle y Franceschelli, que llegan a posiciones antagónicas después de hacer un análisis detallado de la institución del trust, con la firme idea de adaptar sus principios a los sistemas jurídicos de los países de derecho codificado en el continente europeo.

3. ADAPTACION DEL TRUST EN LOS SISTEMAS LATINOAMERICANOS

Como ya lo hemos anotado en el primer capítulo (18) correspon-

(16).—Vid. Supra. P. 101

(17).—Franceschelli, *Aur. Cit.* por Lizardi Albarrán *Ob. Cit.* P. 68

(18).—Vid. Supra. p. p. 25, 26 y 27.

de a México ser el primer país de tradición romanista en el que se intentó la implantación del Trust, en efecto en el año de 1905 el entonces secretario de Hacienda Don José Yves Limantour, envió un proyecto de iniciativa al Congreso de la Unión facultando al ejecutivo para expedir una ley por medio de la cual pudieran constituirse en nuestro país instituciones que desempeñarán funciones de agentes fideicomisarios.

En mayo de 1920 aparece en Panamá un proyecto formulado por el Dr. Ricardo J. Alfaro, realizado de una manera más completa que el anterior y que posteriormente fue adoptado como Ley Novena de 6 de enero de 1925 en dicho país. Este proyecto es la fuente directa de nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que habremos de estudiar a continuación las ideas del jurista panameño acerca de la concepción del Trust y de su adaptación en los países de derecho escrito.

a) **CONCEPTOS DEL DR. RICARDO J. ALFARO.**—Este autor dice que la adaptación de los principios del trust anglosajón al derecho civil, ha parecido siempre una cosa impracticable rodeada de dificultades, no hay razón para creer ni lo uno ni lo otro y la adaptación de dichos principios ha demostrado ser cosa más sencilla. Alfaro asimila al Trust Anglosajón con el Fideicomiso Romano. Dice que entre el derecho común y el derecho civil con el fideicomiso no existe un abismo insalvable y que hay que despojarse de esta idea errónea para lograr la adaptación del trust a las legislaciones romanistas. La mentalidad civilista es extremadamente lógica, afirma, y por lo tanto no acepta que sobre una cosa existan dos dominios distintos simultáneamente o sea el dominio legal y el dominio de equidad tal y como se le concibe en la figura del trust. La jurisprudencia romana reconoce la existencia de la propiedad fiduciaria, que es la que en el antiguo fideicomiso se transfería al heredero o legatario encargado de restituir la herencia o legado. Esta propiedad fiduciaria tiene su equivalente en el dominio legal que tiene el fiduciario en el trust. (19)

A continuación menciona las definiciones de propiedad fiduciaria de los Códigos colombiano y chileno, se “llama propiedad fiduciaria la que sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición”, “La constitución en la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso”; ésto lo hace para demostrar que en la estructura del derecho civil es posible la existencia de la propiedad fiduciaria respecto de bienes transmitidos mortis causa, y que también puede existir esa forma de propiedad sobre bienes transmitidos por acto inter vivos y que no sean parte de una herencia; así como la Instituta de Justiniano y el Código de Andrés Bello admitieron la propiedad fiduciaria respecto

(19).—Ricardo J. Alfaro Ob. Cit. P.P. 159-160

de bienes herenciales, así también las legislaciones modernas pueden permitir y regular la transmisión de toda clase de bienes por medio de fideicomiso, ya sea por acto inter vivos o por mortis causa, substituyendo así a la institución romana fosilizada y estéril, con un fideicomiso amplio, vivo, flexible, fecundo y útil para las necesidades de la vida moderna y que sea un trasunto cabal del trust inglés. Dicho propósito no sería difícil por existir gran similitud entre los elementos constitutivos de ambas instituciones. (20)

En consecuencia para adaptar los principios del trust y lograr sus fines, es necesario hacer del fiduciario un propietario ordinario y regular, con la capacidad suficiente de gozar y ejercitar todas las facultades y atributos inherentes al derecho de dominio. Pero este dominio no es absoluto pues está sujeto a ciertas restricciones y únicamente podrá el fiduciario administrar, conservar y restituir de acuerdo con los términos del fideicomiso.

Citando Alfaro a Vélez, comentador del Código Civil colombiano dice: "que el fiduciario es un verdadero dueño del fideicomiso, pero con la obligación de conservarlo por si llega el caso de restituirlo". (21)

El fiduciario puede gravar, vender, donar, permutar, arrendar o en cualquiera forma enajenar los bienes transmitidos, ya que está instituido como propietario de acuerdo con los preceptos relativos a la publicidad en las transmisiones, en caso de que los bienes sean muebles él los retendrá y poseerá porque en derecho civil hay un principio de que la posesión equivale a título cuando se trate de bienes muebles. En el caso de que en los términos del acto constitutivo no se le hayan dado las facultades mencionadas, únicamente podrá retener, conservar, administrar y usufructuar el patrimonio en beneficio del fideicomisario. (22)

En resumen el Dr. Alfaro concluye diciendo que el derecho de dominio del fiduciario en el fideicomiso moderno no es absoluto sino limitado. Esta limitación, está de acuerdo con el espíritu y la tradición del derecho civil. En nuestros sistemas jurídicos es imposible reconocer el dominio como real en un individuo y ficticio en otro. Concibe al dominio como un haz de atributos, efectos o manifestaciones diferentes y que es posible que estén distribuidos entre diversas personas, cosa que sucede por ejemplo en los derechos de usufructo en las servidumbres en el uso y en la habitación, o en el caso de contratos que crean derechos reales como son la prenda, la hipoteca, la anticresis, el arrendamiento, el censo, el comodato y la enfiteusis. Dice que en el contrato de enfi-

(20).—Aut. Cit. Ob. P.P. 160-161

(21).—Aut. Cit. Ob. Cit. P. 164

(22).—Aut. Cit. Ob. Cit. P. 164

teusis es notable la distinción que se hace entre el dominio directo del propietario y el dominio útil del enfiteuta. En todos los casos mencionados el dominio del nudo propietario está limitado por el derecho real que un tercero haya adquirido por razón de los mencionados contratos. Igualmente el dominio que tiene el fiduciario, está limitado por los derechos del fideicomisario y por las estipulaciones contenidas en el acto constitutivo. En esta forma, la institución inglesa del trust ha sido ya transplantada a las legislaciones de origen romano. (23)

La conclusión a la que llega el doctor Alfaro y que acabamos de transcribir, tiene una marcada influencia del autor italiano Franceschelli, quien a la vez se inspira en el inglés Salmond. Estos últimos autores sostienen que en el trust anglosajón existe un desdoblamiento de la propiedad, concepto que ya expusimos, que en una misma cosa pueden coincidir dos tipos de propiedad que son: propiedad legal y propiedad beneficiaria, dicha concepción es posible dentro del sistema del derecho anglosajón por existir una dualidad de jurisdicciones. El doctor Alfaro considera que en nuestro derecho, aun cuando es unitario y la equidad no tiene equivalente entre nosotros, ha sido posible el trasplante del trust a nuestro sistema; ésto se ha facilitado en virtud de que en los códigos americanos se ha aceptado la propiedad fiduciaria respecto de bienes transmitidos, mortis causa, y que esta transmisión puede ser por acto intervivos ya que no hay impedimento para lograrlo, y de esta manera se puede llegar a transformar al fideicomiso antiguo en una figura útil y flexible, apta para las necesidades de la vida moderna.

Encuentra Alfaro, en la conclusión que formula, una similitud entre el dominio en el trust y el dominio en algunas figuras jurídicas reguladas en nuestros códigos, en las que existe un haz de atributos efectos o manifestaciones diferentes que pueden hallarse distribuidos entre diferentes personas; tratando de hacer notar que en nuestro derecho puede existir la propiedad o dominio legal en una persona y el beneficio o propiedad legal en otra u otras. Señala como ejemplo de este diverso tipo de dominio al usufructo, la servidumbre, el uso y la habitación; y a algunos contratos que crean derechos reales, como la prenda, la hipoteca, la anticresis, el arrendamiento, el censo y la enfiteusis. En este último encuentra claramente el dominio directo del propietario y el dominio útil del enfiteuta; en todos los casos mencionados el dominio del nudo propietario está limitado por el derecho que un tercero haya adquirido por razón de los mencionados contratos. Cosa semejante ocurre con el dominio del fiduciario el cual está limitado por los derechos del fideicomisario y por las estipulaciones del acto constitutivo. Esto es en resumen la concepción

(23).—Aut. Cit. Ob. Cit. P.P. 164-165

que tiene del dominio en el trust el jurista italiano Franceschelli, autor que estudia al trust de una manera más accesible para el pensamiento latino, quien a la vez ha inspirado las ideas del doctor Alfaro.

4. EL TRUST EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO

Desde la aparición de los primeros proyectos de ley sobre fideicomiso en nuestro país, algunos autores hablaron acerca de la posibilidad o imposibilidad de implantar en México una institución semejante al Trust anglosajón y llegaron a la conclusión negativa.

A la aparición del Proyecto Limantour, se consideraba que la implantación de las instituciones fiduciarias, requería una reforma en las legislaciones, civil, mercantil y de procedimientos. En la Convención Bancaria del año de 1924 el Sr. Creel, autor del proyecto del mismo nombre, indicaba que era necesario para generalizar las operaciones de fideicomiso en México, esperar algunos años y reformar nuestras leyes, introduciendo los principios que rigen al fideicomiso y que muchas veces chocan con los de origen latino; por otra parte, el Lic. Toribio Esquivel Obregón, (24) al referirse a la Ley General de Establecimientos Bancarios de 1926, se hacía la siguiente interrogante ¿Puede haber trust entre nosotros? Esto equivale a preguntar ¿puede entre nosotros haber y conviene que haya cortes de equidad? y contestaba de la siguiente manera: yo no vacilo en sostener que en el estado actual de cultura de México las cortes de equidad serían destructivas, porque, en nuestra sociedad compuesta de indios, mestizos y europeos, la justicia no tiene el papel importante y de primer orden que le corresponde a todo pueblo culto.

“Por eso, mientras esas mentalidades prevalezcan, el trust anglosajón es imposible en nuestro país, las cortes de equidad serían una amenaza, y los bancos de fideicomiso una engañifa y un disparate”.

Esta actitud pesimista contrasta notablemente con el optimismo de Alfaro, quien siempre creyó posible la adaptación del trust del derecho anglosajón al derecho civil de nuestros países de derecho escrito, ideas que ya expusimos en el inciso anterior.

En México ya se había practicado con veinticinco años de anterioridad una variedad del trust, que tenía una gran importancia económica en los Estados Unidos, para la construcción de ferrocarriles, cosa que los autores mencionados pasaron por alto sin tomar en cuenta que dicha institución era benéfica para impulsar el desarrollo del país, tal vez

(24).—Esquivel Obregón Toribio.—“Carácter Legal de lo que la Ley Bancaria llama Fideicomiso” Ob. Cit. P. 607

por ser rigurosamente lógicos y meticolosos, celosos de los principios de la ciencia jurídica, y enemigos del cambio.

A pesar del temor de algunos autores y de los tropiezos que sufrió para lograr su implantación y adaptación en nuestro sistema legal, el fideicomiso no sólo ha dado origen a una institución nueva, sino que con ella, ha nacido un nuevo concepto del derecho de propiedad, o sea, un desmembramiento del derecho de propiedad, al cual se le ha considerado por algunos autores, como una AFECTACION PATRIMONIAL, por otros ha sido tratado como un DERECHO REAL, así como hay quienes estiman que es una TITULARIDAD; también se le ha concedido como un verdadero derecho de PROPIEDAD.

a) CONCEPTO DE PROPIEDAD EN LOS PRIMEROS ORDENAMIENTOS POSITIVOS SOBRE FIDEICOMISO.

I.—LEYES DE 1924 y 1926.—Desde la aparición de la primera ley de fideicomiso en el derecho mexicano, no se dio una definición de éste sino que únicamente se indicaba en dicha ley la manera en que los bancos de fideicomiso debían servir al público; no fue sino hasta la ley de 1926 en la que adoptando los principios sustentados en el Proyecto Alfaro, se le consideró como “un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco con carácter fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, a beneficio de un tercero”.

Esta ley consideraba que el mandato irrevocable debía estar yuxtapuesto a la transmisión de bienes, o en el caso de que dicha transmisión no existiera, se debía entender cuando menos gravada la cosa en favor del fiduciario; ésto era incongruente ya que el fiduciario se convertía en apoderado para un negocio en el que, el mandante ya no era dueño; el dueño lo era el propio mandatario. (25)

Esta contradicción apuntada, se debió al interés del legislador de hacer del fiduciario, un propietario ordinario y regular, con capacidad de ejercer, gozar y disfrutar de todos los derechos inherentes al derecho de propiedad, con el fin de lograr la implantación del trust en el derecho civil, y atenuar los temores de los autores que consideraban tal cosa como imposible.

II.—LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE 1932.—Esta ley en su artículo 346 define al fideicomiso de la siguiente manera: “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”. De la anterior definición se desprende claramente

(25).—Molina Pasquel Roberto “Evolución del Pensamiento Mexicano” en Materia de Trust y Fideicomiso” Ob. Cit. P. 174.

la influencia de LEPAULLE, al considerar que en el fideicomiso existe una DESTINACION, equiparando dicho concepto al de AFECTACION, preconizado por el autor francés; al mismo tiempo, encontramos que en la mencionada ley, están presentes las ideas del jurista aludido, en su primera fase cuando estimaba que en la afectación de bienes del fideicomiso, debe existir un sujeto de derecho llamado fiduciario para garantizarla y que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir tal obligación. La obra que inspiró al legislador mexicano, fue el artículo traducido por el Lic. Pablo Macedo, en la Revista General de Derecho y Jurisprudencia, y su original fue escrito en octubre de 1927 titulado "De la Nature du Trust". La ley a que nos referimos se adelantó al cambio sufrido en el pensamiento de Lepaulle, ya que no consideró al fiduciario titular de los bienes fideicometidos, cosa que también sucedió en la segunda obra del mencionado autor el "Traité Théorique et Practique des Trusts" del año de 1932, en la que sostiene que en el trust existe un patrimonio sin titular. (26)

La llamada afectación de las leyes de 1932 y de LEPAULLE fue la causa de una gran infinidad de problemas, los cuales ya han sido resueltos, primero atenuados por la autoridad judicial y posteriormente por una reforma a la ley de Instituciones de Crédito en la fracción II, inciso c, del Artículo 45, y que se refiere a operaciones de fideicomiso por las que la institución ejerce como titular derechos que le han sido transferidos con encargo de realizar un determinado fin.

El término AFECTACION fue usado por el doctor LEPAULLE correctamente en su idioma, ya que en francés affectation es destinación y en español equivale a gravamen. Ahora bien, en la exposición de motivos de la LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO de 1926 se expresaba: Quedará el fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin, etc., mientras que en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, se habla de una destinación patrimonial, término que en nuestro derecho también se ha usado como sinónimo de afectación. En el derecho mexicano, no se ha adoptado la doctrina del patrimonio afectación y subsiste la doctrina clásica del patrimonio. Es necesario que el conjunto de bienes tenga siempre como soporte un titular que debe ser una persona física o moral, no se admite como en el derecho alemán que puedan existir patrimonios sin dueño.

(26).--Batiza Rodolfo Ob. Cit. P.P. 117:118

5. **DIVERSAS CORRIENTES DE OPINION ACERCA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL FIDEICOMISO MEXICANO**

a) **EL FIDUCIARIO COMO DUEÑO JURIDICO DE UN PATRIMONIO AFECTADO A UN FIN.**—Uno de los autores que en el derecho mexicano han estudiado con detenimiento la naturaleza del derecho de propiedad en el fideicomiso fue el doctor Joaquín Rodríguez y Rodríguez, quien afirma que el fideicomiso es traslativo de dominio y en virtud de él, el fiduciario se convierte en dueño. Ahora bien, señala que las características de dueño son diferentes a las de un dueño ordinario y éste sólo es dueño en función del fin que debe cumplir en su carácter de fiduciario y no en su propio interés; el beneficio económico que producen los bienes recae en el fideicomisario y éste puede impugnar los actos del fiduciario que se extralimiten de las facultades concedidas en el acto constitutivo; los bienes fideicometidos deben revertir al fideicomitente o a sus herederos (con excepción de los fideicomisos constituidos en favor de corporaciones de derecho público o de beneficencia). (27)

Con las ideas anteriores, el doctor Rodríguez dice que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado, un patrimonio fin o de afectación del cual es titular el fiduciario.

Bifurca el derecho de propiedad, atribuyendo a diferentes sujetos los diferentes atributos de este derecho; dice que el fiduciario es dueño del patrimonio, pero que su carácter es el de dueño jurídico pero no económico, recayendo esta cualidad en el fideicomisario, quien es el dueño económico. (28)

Los conceptos expuestos denotan claramente y de una manera muy sutil, la influencia recibida por este autor de los juristas europeos LEPAUILE y FRANCESCHELLI. En lo que respecta al primero, está presente el concepto de patrimonio de AFECTACION, pero con la existencia de un sujeto de derecho para garantizar el cumplimiento del fin, que es el fiduciario, tal y como lo intuía el autor francés en su primer estudio sobre el trust.

Por lo que se refiere a FRANCESCHELLI, está presente el pensamiento de este autor, en la bifurcación que hace el doctor Rodríguez del dominio, o sea, en la distinción entre dueño jurídico y dueño económico, la cual tiene gran similitud con la propiedad fiduciaria y la propiedad beneficiaria, pregonada por el mencionado jurista.

(27).—Rodríguez y Rodríguez Joaquín. Ob. Cit. P. 355

(28).—Aut. Cit. Ob. Cit. P. 355

Es a partir de las ideas expuestas, cuando se empieza a estudiar realmente el problema de la propiedad fiduciaria, sirviendo como pauta para tal efecto dichas ideas, habiendo llegado los autores posteriores a resultados más satisfactorios.

El licenciado MANUEL LIZARDI ALBARRAN, (29) sigue en general las ideas del doctor Rodríguez, al considerar lo siguiente: El derecho del fiduciario es un nuevo derecho distinto del de propiedad, este derecho es en primer lugar temporal, ya que su duración no puede ser mayor de treinta años, existe únicamente en función del fin por realizar, y en el aspecto económico, no representa ningún beneficio para su titular el fiduciario; llega a la conclusión el licenciado Lizardi de que el fiduciario es dueño jurídico de los bienes.

Existe en el fideicomiso otro derecho que es el del fideicomisario que a diferencia del derecho del fiduciario, sí tiene un contenido de carácter económico y es válido erga omnes, dicho derecho está ligado muy de cerca al fin del fideicomiso, ya que al constituirlo se hace con la finalidad de favorecer al fideicomisario económicamente y si no existiera ésta, no sería posible la existencia de aquella figura. El derecho del fideicomisario depende de la existencia del derecho del fiduciario y por lo tanto es temporal como el de éste último.

Otra característica del derecho del fideicomisario, es que da lugar a ciertos efectos reales, como se sabe, el fiduciario puede ejercer actos de dominio pero también el fideicomisario puede impugnar tales actos y además, puede en los casos señalados por la ley, perseguirlos y reivindicarlos para restituirlos al fondo del fideicomiso.

Concluye el licenciado Lizardi, afirmando que debido a estas circunstancias, el derecho del fideicomisario adquiere la configuración de un verdadero derecho real, de tipo especial, diferente a los que reconoce nuestro ordenamiento legal.

Que concurren sobre una misma cosa, dos derechos con efectos reales: El del fiduciario, sin contenido económico, pero con sus atributos legales en lo que respecta a la reivindicación de quien los detente sin título bastante; y el del fideicomisario con valor económico y con efectos excepcionales que tienden a su defensa en contra de actos realizados por el fiduciario.

Al transcurso del tiempo, ambos derechos que coexisten entre sí, tienden a confundirse en uno solo que es el derecho de propiedad originario.

Esta es en general la concepción del licenciado Lizardi Albarrán, la cual no difiere de la del doctor Rodríguez sino en cuanto a que, la

(29).—Lizardi Albarrán Manuel Ob. Cit. P.P. 201, 202, 203

última llega a la conclusión, de que es posible que el derecho del fideicomisario configure un verdadero derecho real de tipo especial.

b) EL FIDEICOMISO COMO UN NUEVO DERECHO REAL.

—El doctor ALFARO, (30) al estudiar la mecánica del fideicomiso en su adaptación, concibe al dominio como un haz de derechos, atributos, manifestaciones y efectos diferentes que pueden hallarse distribuidos entre diversas personas; como sucede en el usufructo, las servidumbres, el uso, la habitación, o en algunos contratos que crean derechos reales, como la prenda, la hipoteca, la anticresis, el arrendamiento, el censo, el comodato y la enfiteusis. En este último contrato encuentra la distinción exacta entre el dominio directo del propietario y el dominio útil del enfiteuta. En todos los casos, el dominio del nudo propietario está limitado por el derecho real que un tercero haya adquirido por razón de dichos contratos. De esta misma manera, el dominio del fiduciario está limitado por el derecho del fideicomisario y por las estipulaciones del acto constitutivo.

Entre los seguidores de esta idea, está el licenciado Lizardi Albarrán, cuyas ideas ya expusimos en el inciso anterior y que participa de otro punto de vista al mismo tiempo, ya que también se inclina por el criterio del doctor Rodríguez que quedó ya expuesto.

Otro de los autores que sostienen este punto de vista es el licenciado RODOLFO BATIZA, (31) quien manifiesta que al adoptarse en nuestro sistema el fideicomiso, no sólo se implantó una institución nueva, sino que con ella se ha creado un nuevo concepto de propiedad que es producto del derecho inglés debido a su dualidad de tribunales que carecen de equivalencia en nuestros conceptos tradicionales.

Lo más razonable afirma dicho autor, es reconocer que el fideicomiso presupone un desmembramiento del derecho de propiedad, “un nuevo derecho real” con caracteres distintivos propios, lo que podría denominarse “propiedad fiduciaria”. La reglamentación de dicha propiedad corresponde al derecho civil, estableciéndola al lado de los derechos reales ya consagrados. Rodolfo Batiza refuta el uso del término titularidad por no existir una definición de una autoridad legislativa o jurisprudencial que delimite los alcances de dicho término.

c) LA PROPIEDAD EN EL FIDEICOMISO COMO UN DERECHO ABSOLUTO DE EJERCICIO OBLIGATORIO. — El señor licenciado Oscar Morineau, (32) después de estudiar las diversas ideas acerca de la naturaleza de los derechos del fiduciario y del fideicomi-

(30).—Vid. *Supra* p. p. 106, 107.

(31).—Batiza Rodolfo Ob. Cit. P.P. 148, 149, 150

(32).—Morineau Oscar “Estudio del Derecho”, Ed. Porrúa, Méx. 1953

sario, llega a la conclusión de que la teoría del desdoblamiento de la propiedad es antijurídica, porque la propiedad como derecho no es un dato económico sino exclusivamente un conjunto de facultades otorgadas a un sujeto (propietario) en relación con una cosa determinada.

Critica la tesis de que el fideicomiso es un patrimonio de afectación sin sujeto, ya que todo patrimonio está afectado a un fin; esta teoría fue superada ya hace algún tiempo.

El mencionado autor dice: "que el fideicomiso provoca, en este caso, la transformación del modo de ejercitar el derecho de propiedad, de potestativo en obligatorio. En todos los casos, los derechos transmitidos al fiduciario (aunque no se trate del derecho de propiedad) se convierten en derechos de ejercicio obligatorio. Solamente desaparece la facultas optandi descubierta por el licenciado García Maynez".

d) EL FIDUCIARIO COMO TITULAR DE LOS BIENES FIDEICOMETIDOS.—El doctor Raúl Cervantes Ahumada, (33) dice que el patrimonio del fideicomiso no se puede atribuir a ninguno de los tres elementos personales que intervienen en la relación fiduciaria. El patrimonio debe considerarse afectado a un fin determinado, por lo tanto, se encuentra dicho patrimonio fuera de la situación normal en que se encuentran otros patrimonios. El problema de la propiedad no es en realidad problema, puesto que los bienes fideicometidos pueden ser derechos que no constituyen derecho de propiedad en sentido jurídico; en caso de que se tratara de derechos dominicales éstos habrán sido sacados fuera del régimen normal de propiedad para colocarse bajo la titularidad del fiduciario. Cita como ejemplo el doctor Cervantes, a la llamada propiedad ejidal que no es en sentido tradicional propiedad. Ni el ejidatario, ni el comisariado ejidal, ni el estado, son propietarios de la parcela; estos bienes han sido sustraídos de la esfera normal del derecho de propiedad y colocados en una situación especial, por un mandato legal, no constituyen propiedad y no son vacantes, se encuentran en una posición legal especial. El fiduciario es "titular" no propietario, concepto que ya ha sido adoptado por el Proyecto para el Nuevo Código de Comercio.

"Por titularidad se entiende la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica" (34).

Podemos afirmar que en suma, estas son las corrientes que pre-

(33).—Cervantes Ahumada Raúl Ob. Cit. P. 306

(34).—Definición de la voz "Titularidad" dada por el diccionario de Derecho Privado Ed. Labor Barcelona, Madrid 1950

Citado, por Raúl Cervantes Ahumada Ob. Cit. P. 306

dominan en la tan debatida cuestión de la llamada propiedad fiduciaria, hay algunas otras que tienen ciertas variantes, pero que conservan los lineamientos generales de las que hemos expuesto.

El problema fundamental que hace surgir la polémica, hemos dicho, es la renuencia a aceptar que sobre una cosa puede haber una dualidad de dominio, derivado dicho concepto del trust anglosajón, institución que se desenvuelve dentro de dos sistemas procesales y que establece dos tipos de dominio, el dominio legal y el dominio beneficiario.

Esta dualidad de dominio ha provocado que los autores hayan tratado de estudiarla en su esencia y adaptarla dentro de los moldes tradicionales de nuestras instituciones jurídicas, utilizando para ello, conceptos propios del derecho mexicano pero atribuyéndoles caracteres de tipo *sui generis* o considerando que son un desmembramiento del derecho de propiedad, habiéndose llegado a considerar que tal institución es creación legislativa que ha dado origen a una novedosa figura, y ésto ha sido posible por existir en la actualidad condiciones que requieren este tipo de negocios y ha sobrevivido aun a costa de romper con la tradición jurídica mexicana en lo referente al concepto de propiedad que se ha adoptado en nuestra legislación.

6.—OPINION PERSONAL

a).—CONCEPTO DE PROPIEDAD EN EL DERECHO MEXICANO.—En el presente inciso haremos un análisis del derecho de propiedad regulado por nuestro Código Civil, y la doctrina dominante respecto a este derecho, y enseguida trataremos de ver si las teorías expuestas acerca de la llamada propiedad fiduciaria encuadran dentro de los moldes tradicionales de la propiedad.

A través del proceso evolutivo del derecho mexicano y las influencias sufridas, del DERECHO ROMANO y del CODIGO DE NAPOLEON, por medio de la legislación española, se llegó a elaborar un concepto de propiedad, el cual fue evolucionado en los Códigos de 1870 y 1884, y que posteriormente cambió por completo en la legislación del presente siglo a partir de la Constitución de 1917 y el Código Civil de 1928, siendo el antecedente directo de este último concepto, las ideas de León Duguit; se ha llegado a elaborar un concepto de propiedad como función social.

En el Derecho Romano se consideró a la propiedad como un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo para usar, disfrutar y disponer de una cosa. Además de estas características se fijaron al derecho de

propiedad, los tres elementos clásicos *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi*, que significan que el propietario tiene derecho a usar, disfrutar y aun el de abusar de la cosa objeto del derecho de propiedad.

El concepto romano de propiedad viene a ser cambiado en la época feudal. En los estados feudales la propiedad o dominio otorgó el imperio a los señores feudales, para mandar sobre los vasallos que se establecieran en aquellos feudos. Así el señor feudal llegó a convertirse en un órgano del Estado. Este concepto de propiedad feudal llegó hasta la revolución francesa.

Es con este acontecimiento social cuando a la propiedad se le despoja de toda influencia política y se le considera como un derecho real de carácter privado para usar y disponer de una cosa, que es además un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, como fue caracterizado en el derecho romano.

Con la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se reconoce que la propiedad es un derecho natural que el hombre trae consigo al nacer. Es un derecho que el Estado no puede crear y que sólo puede reconocer. Los derechos principales del hombre son la libertad y la propiedad, este último es absoluto e inviolable.

En el Código de Napoleón, tomando en cuenta estos conceptos, se define al derecho de propiedad, como un derecho absoluto para usar y disponer de una cosa, también se considera inviolable y se reconocen los atributos de *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi*. Los principios que fundamentaron este derecho, tanto en el derecho romano como en la revolución francesa, están basados en el individualismo.

En los Códigos Mexicanos de 1870 y 1884, a pesar de la influencia del Código Napoleón, se le quitó a la propiedad el carácter de absoluto, y lo define de la siguiente manera: "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las que fijan las leyes" (Art. 827 Código Civil de 1870). Esta definición de propiedad fue la que pasó al código de 1884. (Art. 729).

Las limitaciones a que se refieren los artículos mencionados es en el caso de que exista una causa de interés público, lo cual puede modificar tal derecho y aun extinguirlo mediante la expropiación.

En la constitución de 1917 se declara que la nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, las expropiaciones sólo pueden hacerse por causas de utilidad pública y mediante indemnización, cambiando así, la palabra "previa" de la Constitución de 1857 por el término mediante, que quiso decir que la indemnización puede ser anterior concomitante o posterior a la expropiación.

León Duguit, que es quien inspira al derecho moderno en lo referente a la propiedad, considera que ésta no puede ser un derecho innato en el hombre y anterior a la sociedad y refuta las ideas de Rousseau; estima que el derecho de propiedad debe ser considerado como una función social para lo cual formula una crítica a la doctrina individualista.

La legislación civil vigente en México, siguiendo los lineamientos marcados por la Constitución Política, ha regulado a la propiedad de manera que ésta cumpla con la función social que le ha sido atribuida.

El artículo 16 del Código Civil vigente, marca los lineamientos que deben seguir en el ejercicio de sus actividades los habitantes del Distrito Federal, de la siguiente manera: "los habitantes del Distrito y Territorios Federales tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este código y en las leyes relativas". De este artículo se infiere que el ejercicio del derecho de propiedad está limitado y no es absoluto.

El artículo 830 reglamenta el derecho de propiedad de la siguiente manera: "el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes". Este artículo da una amplia libertad en el ejercicio del derecho de propiedad. El 840 restringe el derecho a ciertas situaciones diciendo: "no es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario". El 836 reglamenta la expropiación en casos de que exista una causa de interés colectivo.

Con el panorama que presenta la propiedad de nuestro derecho, y en virtud de que el Código Civil no da una definición de propiedad, adoptaremos para nuestro estudio la definición que de tal derecho da el Dr. Rojina Villegas y dice que la propiedad es "el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto" (35). Esta definición es, considerando a la propiedad como derecho real que es por antonomasia, enseguida haremos el análisis de este derecho, comparándolo con el del fiduciario.

1º—La propiedad es un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata. Ahora bien, comparemos si en el fiduciario existen estas características en el poder jurídico que éste ejerce sobre el bien objeto del fideicomiso. Encontramos que este sujeto no ejerce dicho

(35).—Rojina Villegas Rafael Ob. Cir. P.P. 78-79

poder de una manera directa e inmediata, por las siguientes razones: Los actos de disposición que realiza, deben ser acordes con las indicaciones que se le hayan dado en el acto constitutivo del fideicomiso, (Art. 356, L.G.T.O.C.) en caso de que estas indicaciones no se hayan dado, el fiduciario deberá seguir los lineamientos legales relativos cuando se trate de adquirir o substituir bienes o cuando se trate de operaciones de compraventa de títulos o valores, divisas extranjeras o mercancías o bienes que sean objeto de mercado regular (Frs. VI y VIII, Art. 45 L.G.I.C.O.A.) Por lo tanto los actos que realiza el fiduciario, no los realiza en una forma directa. Asimismo no los realiza de una manera inmediata, ya que de acuerdo con las indicaciones del acto constitutivo, tendrá que realizarlos en el tiempo que se haya señalado en el mencionado acto, a falta de tal indicación tendrá que realizarlos en el tiempo que marca la ley para tal efecto.

2º—En la propiedad el poder jurídico se ejerce sobre una cosa, es decir, sobre un bien corporal. No hay propiedad sobre bienes incorporeales. En el fideicomiso, pueden ser objeto de éste toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular (Art. 351, L.G.T.O.C.). En el presente caso no pueden ser considerados como objeto del derecho de propiedad cierta clase de derechos que sí pueden ser objeto del fideicomiso, tales como los derechos de crédito.

3º—El derecho de propiedad implica un poder jurídico directo sobre la cosa para aprovecharla totalmente, el poder jurídico total significa que el aprovechamiento se ejerce bajo la forma de uso, disfrute o disposición de la cosa, o que se tiene simplemente la posibilidad normativa de ejecutar todos los actos de dominio o de administración, aun cuando jamás se ejecuten. En el fideicomiso no existe dicha posibilidad normativa, esta posibilidad deriva de la voluntad del fideicomitente al constituir el fideicomiso, por lo tanto el fiduciario no tiene un poder directo sobre la cosa y el provecho que ésta produce, no es para él, sino que éste recae en el beneficiario, siendo el provecho de este sujeto, de carácter parcial ya que él no puede tener sobre la cosa el poder jurídico directo total que es el uso, el disfrute o disposición de la cosa o la simple posibilidad de ejecutar dichos actos. Además, los derechos del fiduciario son temporales ya que pueden durar a lo máximo treinta años.

Con el análisis anterior queda demostrado que los derechos del fiduciario no constituyen derecho de propiedad. Entonces, ¿qué tipo de derecho es el del fiduciario?

b).—CRITICA A LAS OPINIONES EXPUESTAS.—No podemos considerar que la idea expuesta por el doctor Rodríguez, que estima que el fiduciario sea dueño jurídico pero no económico de los bienes, sea la correcta para determinar los derechos de dicho sujeto. En primer lugar, ya hemos dicho que el fiduciario no tiene la posibilidad normativa de ejecutar actos de aprovechamiento como son: el uso, el disfrute o la disposición; esta posibilidad deriva estrictamente de la voluntad del fideicomitente y únicamente existe en función del fin del fideicomiso. Por otra parte, se ha dicho que el fideicomisario es el dueño económico de los bienes dados en fideicomiso, ésto tampoco es aceptable, ya que la propiedad es un todo unitario y que siempre se le ha considerado como un conjunto de facultades tanto jurídicas como económicas otorgadas a un sujeto (propietario).

En caso de que en el ejercicio de un derecho exista un sujeto que tiene el goce (como conjunto de facultades dominicales) y otro que tenga el disfrute como por ejemplo en el caso del usufructo, ésto ya no es propiedad sino que es un derecho real y que tiene como fuente a aquéllas y por lo tanto al propietario ya no se le llamará como tal, sino que ahora será nudo propietario, ésto es a lo que se le ha llamado desmembramiento de la propiedad.

Tampoco podemos aceptar que el fideicomiso implique la creación de un nuevo derecho real de carácter especial con caracteres diferentes a los demás derechos reales regulados por nuestra legislación civil.

Ha sido factor determinante para considerar que sea un derecho real, la distinción que se hace entre el dominio directo del fiduciario y el dominio útil del fideicomisario. Se dice que en los derechos reales, el dominio del nudo propietario está limitado por el derecho real que un tercero haya adquirido en virtud de algún contrato; que en la misma manera, en el fideicomiso, los derechos del fiduciario están limitados por los derechos del fideicomisario y por las estipulaciones del fideicomiso.

Esta semejanza existente entre el fideicomiso y los derechos reales es sólo aparente, porque, si se entra a analizar la mecánica de ambas instituciones, resulta que no coinciden. El derecho real que más similitud guarda con el fideicomiso es el de usufructo y a pesar de ello difiere grandemente.

La definición de usufructo nos muestra claramente la gran diferencia existente con respecto a nuestra institución. Se ha definido al usufructo diciendo: "que es un derecho real, temporal, por naturaleza vitalicio, para usar y disfrutar de los bienes ajenos sin alterar su forma ni substancia". En primer lugar, el carácter temporal de naturaleza vi-

talicio, quiere decir que puede durar por toda la vida del usufructuario, aunque también se puede fijar un plazo en el título constitutivo; la ley fija un plazo máximo de duración cuando se constituya a favor de personas morales; en cambio el fideicomiso puede durar como máximo treinta años (Art. 359, Fr. III, L.G.T.O.C.).

La naturaleza del usufructo es usar y disfrutar una cosa ajena, caso que en el fideicomiso no sucede, puesto que el fideicomisario únicamente puede disfrutar los productos de la cosa, pero no puede usar los bienes fideicometidos y por lo tanto no es posible alterar su forma y substancia; por naturaleza, en el trust, el fideicomisario no puede estar en posesión de los bienes, ya que este derecho corresponde al fiduciario exclusivamente.

Por otra parte, se ha discutido sobre la posibilidad o imposibilidad de creación de nuevos derechos reales al lado de los ya existentes, habiéndose llegado a las conclusiones siguientes: una que sostiene que no es posible, ya que si se quiere que el derecho real creado contractualmente sea válido erga omnes, se tendrá que aceptar que sólo los específicamente creados por el legislador pueden tener este atributo y que los demás sólo surtirán efectos entre las partes, ya que, ni siquiera podrían ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad, para que surtieran efectos contra ellos. En México, debido a la calidad de numerus clausus de los derechos reales, sería complicado e inútil configurar un derecho real en el fideicomisario (36).

En la posición contraria se ha opinado que la facultad de crear nuevos derechos reales no está negada ni limitada respecto al legislador, siendo posible crear a su arbitrio nuevas formas de derechos reales (37).

Yo estoy de acuerdo con la última posición, ya que el legislador siempre deberá procurar que el derecho que crea, siempre esté acorde con las necesidades de la sociedad. Ahora bien, esta posibilidad de creación deberá ser de figuras jurídicas que tengan cabida dentro de un catálogo de formas, por lo que al aparecer una nueva forma deberá contener los requisitos esenciales que son necesarios para poderla incluir dentro del catálogo a que nos hemos referido, o sea que es menester que la estructura jurídica y la mecánica de la institución que se trata de crear, guarde una estrecha semejanza con la estructura jurídica y la mecánica de la institución a la cual se quiere adicionar.

(36).—Leopoldo Aguilar Carbajal "Segundo Curso de Derecho Civil Editorial Jurídica Mexicana, México, D.F. 1960 P.P. 47, 48.

Molina Pasquel Roberto "Evolución del Pensamiento..." Ob. Cit. P. 176

(37).—Vázquez del Mercado Alberto, Autor citado por Jorge Barrera Graf Ob. Cit., p. 322

En el caso de que al fideicomiso quisiera dársele la categoría de un nuevo derecho real, sería imposible por no tener en su estructura los elementos de esencia que contiene dicha figura.

La acción reivindicatoria que tiene el fideicomisario también ha contribuido a que se considere que su derecho sea real; hemos dicho ya, que esta acción no es reivindicatoria, sino que es una acción de caracteres especiales, porque la reivindicatoria siempre se ejercita por el propietario en contra de cualquier detentador de la cosa para reintegrarla a su patrimonio; mientras que el fideicomisario persigue la cosa para reintegrarla al patrimonio del fideicomiso.

Si el fideicomiso es una institución que está regulada por un conjunto de normas que revisten características sui géneris, debemos concluir, que los efectos y las situaciones jurídicas que se presentan, deben de tener y tienen la misma naturaleza jurídica de la norma que los regula. Por lo que no debemos aceptar la errónea opinión de ser el fideicomiso un derecho real, ya que sería inoperante la existencia de las leyes que han sido creadas exprofesamente para regular una situación de derecho que le han dado características especiales; si no fuese así, fácil hubiera sido aplicar sin más preámbulos el Código Civil que es el que regula por antonomasia los derechos reales y la propiedad.

El criterio expuesto por el Licenciado Oscar Morineau, es también inconsistente. "Afirma, que el fideicomiso provoca la transformación del modo de ejercitar el derecho de propiedad, de potestativo en obligatorio. En todos los casos, los derechos transmitidos al fiduciario (aunque no se trate del derecho de propiedad) se convierten en derechos de ejercicio obligatorio. Solamente desaparece la facultad optandi descubierta por el licenciado García Máynez" (38).

La opinión que antecede no puede ser aceptada por las consideraciones que haremos a continuación: En primer lugar, diremos que el derecho de propiedad es un derecho en el cual no puede ser obligado su titular a ejercitarlo en virtud de existir en él la facultas optandi, es decir que este derecho es de ejercicio potestativo, aun cuando ha desaparecido en él el carácter de absoluto, el estado no puede indicarle al particular la forma en que deba ejercitar su derecho porque se estarían violando las garantías individuales. El propietario puede ejercitar su derecho como le venga en gana y únicamente debe procurar que dicho ejercicio no vaya en contra del interés público o lesione la esfera de otras personas.

En segundo lugar, es verdad que el fiduciario tiene la obligación

(38).—Morineau Oscar Ob. Cit., P. 244

de realizar determinados actos en beneficio del fideicomisario; esta obligación del fiduciario deriva de la relación que existe entre este sujeto y los dos restantes, y de los términos del acto constitutivo; o sea que el fiduciario es un mero órgano ejecutor de ciertos actos que tienen por objeto lograr el fin del fideicomiso, pero su obligación nunca deriva del derecho de propiedad, puesto que éste no existe en él. Su derecho nunca es potestativo, sino que es obligatorio pero esta obligación es correlativa a su derecho que como ejecutor tiene de percibir remuneración; el incumplimiento de la obligación del fiduciario trae como consecuencia su remoción del cargo.

Por último, el licenciado Morineau, dice para reforzar su punto de vista, que el Código Civil del Estado de Morelos transformó el modo de ejercitar el derecho de propiedad convirtiéndolo en obligatorio en su artículo 937, para lograr el cultivo de las tierras y fundió tal derecho con la prohibición de omitir el uso.

Estamos de acuerdo en la posibilidad que existe de imponer a la propiedad las limitaciones que dicte el interés público, por parte del estado y que además se le ha considerado como una función social; pero ésto sólo es factible para regular los bienes que están sujetos a la legislación del orden común, mas no a bienes que el propio legislador ha extirpado de su seno para darles una regulación especial y para tal efecto ha creado un cuerpo de normas que regulan el aspecto del fideicomiso. Por lo tanto, en virtud de que el derecho del fiduciario no constituye un verdadero derecho de propiedad no es posible imponerle a éste la obligación de ejercitar un derecho que no tiene.

c).—CONCLUSION.—En las siguientes páginas trataremos de explicar nuestro punto de vista respecto de este tema, adhiriéndonos a las ideas expuestas por el doctor Cervantes Ahumada y para lo cual haremos las observaciones necesarias a fin de lograr determinar la naturaleza jurídica de los derechos del fiduciario.

Con la crítica que hemos formulado a las diversas opiniones que existen, no podemos aceptar que los derechos del fiduciario constituyan un verdadero derecho de propiedad, así como tampoco que con el fideicomiso ha nacido un nuevo derecho real; o que en el fideicomiso existe un desdoblamiento de la propiedad; y por último, no es posible considerar que el fideicomiso ha venido a transformar la forma de ejercicio del derecho de propiedad de potestativo en obligatorio.

Yo estimo que los derechos del fiduciario corresponden a un derecho diferente al de propiedad. En el artículo 838 del proyecto para el Nuevo Código de Comercio, ya se ha dilucidado esta cuestión, en dicho proyecto se considera que el fiduciario es "titular" y no propietario de los bienes fideicometidos.

Como hemos observado, a través del presente trabajo, el patrimonio fideicometido no puede ser atribuido en propiedad a ninguno de los tres elementos personales que intervienen en la relación, el fideicomitente, hemos dicho, desaparece de la relación y ocupa un relegado lugar; por su parte el fideicomisario únicamente será el beneficiario de los productos de los bienes y solamente podrá ejercitar sobre ellos, cuando salgan de la esfera del fiduciario, la acción que la ley le concede para reivindicarlos de manos de quien los detente para volverlos a la masa del fideicomiso; el sujeto que más poder ejerce sobre los bienes en el fideicomiso, es el fiduciario, pero este poder no corresponde al derecho de propiedad. Por todo lo que hasta aquí hemos dicho, es de considerarse que el patrimonio fideicometido es un patrimonio autónomo.

Por patrimonio autónomo entendemos aquél que no puede ser atribuido a ninguna persona en propiedad; no por ésto pretendemos sostener que existan patrimonios sin sujeto, sino que dicho patrimonio tiene como soporte un titular que es quien ejerce cierto poder sobre aquél, para garantizar el cumplimiento del fin del fideicomiso. El poder que ejerce el titular sobre los bienes del fideicomiso, está determinado por lo que se haya estipulado en el acto constitutivo o por la naturaleza del fin a que los bienes fideicometidos se han destinado (39).

Es por demás decir que el patrimonio fideicometido es un patrimonio afectado a un fin, porque al fin y al cabo todos los patrimonios están afectados a un fin determinado; claro que este fin debe ser lícito.

Por otra parte, pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos (Art. 351, L.G.T.O.C.) por lo que el término propiedad sale sobrando, ya que de acuerdo con nuestra legislación civil, la propiedad es un poder jurídico que se ejerce sobre una cosa, es decir sobre un bien corporal. No hay propiedad sobre bienes incorpóreos, (40) en el fideicomiso puede haber derechos de crédito los cuales son incorpóreos y no constituyen propiedad en sentido jurídico.

Por las consideraciones anotadas, hemos de afirmar que el fiduciario es "titular" del patrimonio fideicometido y no propietario; tal y como lo ha concebido el doctor Cervantes Ahumada (41).

A continuación estudiaremos el significado de la palabra titularidad. En nuestra vigente Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, no aparece la palabra titularidad, cosa que provocó la polémica acerca de los derechos del fiduciario; pero esta omisión fue corregida, aunque en

(39).—Cervantes Ahumada Raúl Ob. Cit., P. 306.

(40).—Rojina Villegas Rafael Ob. Cit., P. 79

(41).—Cervantes Ahumada Raúl Ob. Cit., P. 306

un ordenamiento en el que no debía ser: en Ley General de Instituciones de Crédito, la cual en su artículo 45, fracción segunda, inciso c), habla de operaciones de fideicomiso por las que la institución ejercite como titular derechos que le han sido transferidos para realizar un determinado fin. Es indudable que el fiduciario es titular de los bienes que constituyen el objeto del fideicomiso. En el artículo 838 del proyecto del Nuevo Código de Comercio ya se ha considerado al fiduciario como lo que es; "titular" de los bienes fideicometidos.

Por "titularidad" se entiende: "La cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos". Esta definición es la que ha dado el doctor Cervantes Ahumada (42), habiéndola tomado del Diccionario de Derecho Privado. En el mencionado diccionario se dice que "En toda relación jurídica existe: una pluralidad de personas o sujetos de la misma, unos vínculos que las unen y que constituyen su contenido jurídico, y un principio jurídico que da significado unitario a la relación; y dentro de la relación jurídica, el puesto y carácter de cada sujeto puede ser vario, según las diversas formas de titularidad, que a su vez marcan el alcance de los diversos derechos subjetivos y de las facultades que nazcan de la relación jurídica" (43).

Dice el Licenciado Batiza (44), que el término titularidad empleado por el Proyecto de la Asociación de Banqueros, es diferente al término titularidad del Proyecto del Nuevo Código de Comercio. Afirma que en el primero, el término titularidad quiere decir propiedad en virtud de que de la lectura del artículo 346 del mencionado proyecto dado por el relator, así se entiende; porque al proponerlo a la Comisión expuso lo siguiente: que al formular esa disposición consideró particularmente no sólo el aspecto de la traslación de dominio a favor del fiduciario de los bienes fideicometidos, sino la modificación de la situación jurídica existente con anterioridad por una nueva resultante del acto jurídico por virtud del cual el fiduciario adquiere derechos y obligaciones diversos de los existentes con anterioridad. Consideró el relator que debe aceptarse el término titularidad porque el fiduciario adquiere título propio sobre los bienes y derechos objeto del fideicomiso, obligándose a ejercitarlos en beneficio de una tercera persona (45).

(42).—Aut. Cit. Ob. Cit., P. 306

(43).—Obrn Citada por Cervantes Ahumada, Ob. Cit. P. 306

(44).—Batiza Rodolfo Ob. Cit., P. 143

(45).—Sesión de la Comisión Redactora del Proyecto de la Asociación de Banqueros, 24 de Agosto de 1949. Ob. Cit. P. 149

De la lectura del relator, a nuestro juicio entendemos que no trató de equiparar los términos titularidad y propiedad, ya que está indicando que existe la traslación de dominio, pero que ésta produce ciertos efectos que cambian la situación preexistente (o sea la propiedad del fideicomitente) por una nueva, por la que el fiduciario adquiere derechos y obligaciones diferentes a los existentes con anterioridad.

De lo cual se infiere que desaparece a la traslación de dominio, el derecho de propiedad para convertirse en un derecho diferente que es el de "titularidad fiduciaria".

Es por esto que estimamos que el término titularidad del Proyecto del Nuevo Código de Comercio ha sido empleado con verdadera atinencia, con base en la definición de la voz titularidad que da el Diccionario de Derecho Privado que hemos mencionado.

Se ha pretendido siempre, desde su implantación en nuestro país, de estudiar al fideicomiso a la luz de las normas de derecho común que reglamentan la propiedad; situación absurda que ha originado las complicaciones doctrinarias que hemos visto. Si el legislador ha creado una institución nueva dentro de nuestro derecho, para satisfacer necesidades que trae aparejadas la vida moderna, y lo ha hecho en un catálogo diferente de normas como lo es el Derecho Mercantil, será necesario estudiar al fideicomiso de acuerdo con la naturaleza de las normas que le dan vida y lo reglamentan. De otra manera hubiera sido más fácil reglamentar nuestra institución dentro del Código Civil, como un derecho de los regulados por dicho ordenamiento.

Al fideicomiso se le reglamentó como un derecho diferente al de propiedad para evitar la comisión de actos que fueran en perjuicio de las personas interesadas en constituirlo, institucionalizando la actividad del fiduciario para garantizar el cumplimiento de los fines previstos, evitando así, que al atribuir la propiedad al fiduciario, éste cometiera actos en fraude del fideicomitente y del fideicomisario, al disponer de los bienes a su arbitrio como único y absoluto dueño.

Ante la posibilidad del legislador de crear leyes y con éstas, instituciones nuevas, como por ejemplo sustraer del régimen normal de propiedad los bienes ejidales, para reglamentarlos de una manera diferente y colocarlos en una situación legal especial; asimismo puede crear una situación en el fideicomiso diferente al concepto tradicional de propiedad al sustraer a los bienes fideicometidos del régimen normal de propiedad y reglamentarlos de una manera especial por los motivos y razones que tenga.

En la llamada propiedad ejidal, no existe un verdadero derecho de

propiedad, se trata de una situación diferente, en la que ni el ejidatario, ni el comisariado ejidal, ni el estado son propietarios, por no reunirse en ellos las características esenciales del derecho de propiedad. Los bienes ejidales no constituyen propiedad, y no son vacantes, se encuentran en una situación legal especial (46).

Reforzando la tesis de que en el fideicomiso no puede haber propiedad, está la fracción V del artículo 27 constitucional, que dice: "Los bancos debidamente autorizados conforme a las leyes de instituciones de crédito podrán tener capitales impuestos sobre propiedades urbanas y rústicas de acuerdo con las prescripciones de dichas leyes, pero no podrán tener en propiedad o administración más bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo". Por lo tanto, las compañías fiduciarias, que encuadran dentro del precepto constitucional a que nos hemos referido, no pueden tener en propiedad bienes raíces más que los necesarios para su objeto (47).

Concluimos afirmando, que por medio del fideicomiso, se sustraen ciertos bienes de la esfera de propiedad del fideicomitente, los cuales pasan a constituir un patrimonio autónomo, el cual está afectado a un fin; teniendo como soporte un titular que es el fiduciario, para garantizar el cumplimiento del fin previsto. Al fiduciario debemos llamarlo "Titular fiduciario" y borrarlos de la mente los términos de dueño fiduciario y propiedad fiduciaria.

(46).—Cervantes Ahumada Raúl, Ob. Cit. P. 306

(47).—Gutiérrez Moller Emilio, Ob. Cit., p. 53

C O N C L U S I O N E S

En esta síntesis nos concretaremos a expresar los puntos de vista a que llegamos, sin hacer una recapitulación de los conceptos que los fundamentan, por estar contenidos a través del desarrollo de la presente tesis.

1.—El fideicomiso mexicano tiene como antecedente mediato al trust anglosajón y éste a su vez tiene como origen a la institución germana del SALMAND o TREUHAND.

2.—El antecedente inmediato del fideicomiso es el PROYECTO ALFARO, del año de 1920 adoptado como Ley en Panamá; ya sea directamente o por medio de las leyes de 1926. Está presente en la ley actual el principio de "afectación" preconizado por el Doctor PIERRE LEPAULLE.

3.—Para estudiar al fideicomiso, es necesario excluir todas las actividades asignadas a los bancos fiduciarios, tales como: la emisión de títulos de crédito, el mandato, la tutela, el albaceazgo, la sindicatura, la representación de ausentes e ignorados, la intervención en contratos condicionales, la liquidación de empresas, etc., que no son negocios de fideicomiso.

4.—En nuestro derecho solamente existe el fideicomiso expreso, y puede estar constituido por acto entre vivos o por testamento. Dentro de esta categoría está el fideicomiso de beneficencia. Han surgido dentro del fideicomiso expreso tres variedades, que son: el de inversión, el de garantía y el de administración.

El fideicomiso de garantía, pugna con nuestro sistema constitucional, porque el fiduciario se convierte en juez en un negocio en el que es parte, al poder ejecutar los bienes del fideicomitente cuando no ha cumplido con las estipulaciones del acto constitutivo.

5.—El fideicomiso mexicano no es un negocio fiduciario, es un negocio típico, esto es, regulado por la ley; es un negocio unitario y sus

efectos son resultantes del acto constitutivo o de la ley y no de relaciones internas y secretas.

6.—Nace el fideicomiso por la declaración unilateral de la voluntad del constituyente o sea el fideicomitente, quien es su fuente, causa y origen. El fiduciario es un mero órgano de ejecución y no entra en una relación contractual.

7.—El fideicomiso es una operación bancaria que tiene como “fuente la declaración unilateral de la voluntad del fideicomitente”, quien extrae de su patrimonio ciertos bienes con la intención de realizar un fin lícito y determinado, encomendando la realización de dicho fin a una institución fiduciaria.

8.—En todo fideicomiso existe un beneficiario, porque no puede haber un fideicomiso constituido en beneficio de nadie.

9.—Los derechos y obligaciones de los elementos personales del fideicomiso, nos hacen notar claramente que en ninguno de ellos existe el derecho de propiedad puesto que no se reúnen en ellos los atributos de tal derecho.

10.—El patrimonio autónomo constituido por los bienes objeto del fideicomiso se encuentran en una situación especial. El fiduciario es titular de dicho patrimonio, y no propietario, no pretendemos justificar la existencia de patrimonios sin sujeto; sino que la entidad de poder de dicho sujeto sobre el patrimonio es de distinta naturaleza.

El fiduciario es el soporte del patrimonio para garantizar el cumplimiento del fin previsto. La idea expuesta por Lepaulle de que el patrimonio del fideicomiso no pertenece más a nadie, es errónea.

11.—La titularidad en el fideicomiso es un derecho de creación nueva, creación legislativa, que ha dado por resultado una figura jurídica nueva, apta para el desarrollo que la vida moderna requiere. Al igual que creó el legislador en los bienes ejidales un nuevo tipo de derecho que es el de la titularidad ejidal, creó al fideicomiso. Los derechos ejidales que no pertenecen a ninguno de los sujetos a los que se pretende atribuir, porque ni el Estado, ni el comisariado ejidal, ni el ejidatario son propietarios, son bienes que se encuentran en una situación especial por mandato legal.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILAR CARBAJAL, LEOPOLDO, Segundo Curso de Derecho Civil, Editorial Jurídica Mexicana, México 1960.
- ALFARO J. RICARDO, "El Trust en el Derecho Civil", Revista Jus No. 17, Agosto 1946.
- ASOCIACION DE BANQUEROS DE MEXICO, A. C. (Editor), Primer Cónclave sobre Fideicomiso.
- BARRERA GRAF, JORGE, "Estudios de Derecho Mercantil", Editorial Porrúa, S. A., México 1958.
- BATIZA, RODOLFO, "El Fideicomiso Teoría y Práctica", Librería de Manuel Porrúa, S. A., México 1958.
- BATIZA, RODOLFO, "Tres Estudios sobre Fideicomiso", Imprenta Universitaria, 1954.
- BATIZA, RODOLFO, "Realidades del Fideicomiso en México", Revista Bancaria, Vol. III, No. 4, Julio-Agosto, 1955.
- CERVANTES AHUMADA, RAUL, "Títulos y Operaciones de Crédito", Editorial Herrero, S. A., Quinta Edición, México 1966.
- ESQUIVEL OBREGON, TORIBIO, "Revista General de Derecho y Jurisprudencia", 1930, Año I, Octubre - Diciembre, No. 4, p.p. 601, 608.
- FLORIS MARGADANT, GUILLERMO, Derecho Romano, Editorial Herrero, México 1960.
- GUTIERREZ ALVIS, FAUSTINO, Diccionario de Derecho Romano, Editorial Reus, Madrid 1948.
- GUTIERREZ MOLLER, EMILIO, "Ensayo sobre los Elementos Personales del Fideicomiso", Tesis, México 1965.
- KRIEGER VAZQUEZ, EMILIO, "Notas sobre el Fideicomiso", Tesis, México 1944.

- LEPAULLE, PIERRE, "La Naturaleza del Trust", Traducción Lic. Pablo Macedo, Revista General de Derecho y Jurisprudencia, México 1932.
- LIZARDI ALBARRAN, MANUEL, "Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso", Tesis, México 1945.
- MOLINA PASQUEL, ROBERTO, "Evolución del Pensamiento Jurídico Mexicano en Materia de Trust y Fideicomiso", Revista Bancaria, Vol. III, No. 3, Mayo-Junio 1955.
- MORINEAU, OSCAR, "El Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, México 1953.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, "Compendio de Derecho Civil", Librería Robredo, México 1963, Tomo II.
- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN, "El Fideicomiso y la Separación en la Quiebra", Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Tomo II, Julio-Diciembre, No. 748.
- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN, "El Fideicomiso", Esquema Sobre su Naturaleza, Estructura y Funcionamiento. — Revista Jus, No. 94, p.p. 345, 360.
- VELAZCO, EMILIO, "Los Instrumentos de "Trust" y los Ferrocarriles Nacionales", Revista General de Derecho y Jurisprudencia, Año III, Julio-Septiembre, No. 3, p.p. 383, 905.

INDICE

	<i>Págs.</i>
Palabras Preliminares	9
Capítulo Primero	11
Capítulo Segundo	41
Capítulo Tercero	63
Capítulo Cuarto	97
Conclusiones	129
Bibliografía	131